Die für obligatorische Grundstücksveräusserungs-Verträge erlassene Formvorschrift des § 313 B.G.B.

Inaugural Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen juristischen Fakultät

der

Grossherzoglich-Mecklenburgischen Landes-Universität zu Rostock

vorgelegt von

Max Capelle

Referendar.

ACAD. LEGIS. BIBL.

Bonn 1911.

Buchdruckerei Seb. Foppen, Bonn a. Rhein.

Referent: Professor Dr. Matthiass.

Inhalts-Uebersicht.

§ 1. Begrenzung des Themas.
§ 2. Die im § 313 S. 1. gegebene Vorschrift.
Das Geltungsgebiet des § 313 Satz 1.
§ 3. Allgemeines.
1.) Grundstückserwerbsvertrag;
2.) Vertrag, Grundstückseigentum aufzugeben;
3.) Erbbaurecht.
§ 4. Der Kaufvertrag:
1.) Essentialien;
2.) Nebenabreden;
3.) Nachträgliche Vereinbarungen;
4.) Vorvertrag.
§ 5. Die übrigen Verträge.
1.) Die besonderen Arten des Kaufs;
2.) Annahme an Erfüllungsstatt;
3.) Tausch;
4.) Schenkung;
5.) Gemeinschaftsverträge;
6.) Leibrentenvertrag; Bürgschaftsversprechen;
7.) Vergleich;
8.) Anerkenntnisvertrag;
9.) Uebertragung der Forderung, Schuldübernahme;
10.) Anweisung.
§ 6. Verträge, durch welche eine Verpflichtung zur Eigentumsübertragung aufgehoben werden soll.
1.) Rücktritt;
2.) Wandlung;
3.) Wiederaufhebungsvertrag;
4.) Erlassvertrag; negativer Anerkenntnisvertrag.
§ 7. Hilfs- oder Nebengeschäfte:
1.) Auftrag; 2.) Vollmacht; 3.) Mäklervertrag.
§ 8. Heilung gemäss § 313 S. 2.
1.) Zweck; 2.) Voraussetzung; 3.) Umfang;
4.) Heilung ex nunc.

Literatur-Verzeichnis.

Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 61, 71.
Badische Rechtsprechung. Jahrg. 1903.
Bayrische Notoriatszeitung Jahrg. 1902, 1903.
„ Rechtspflegezeitung Jahrg. 1905, 1906, 1908.
Bericht der Reichstagskom. über d. Entw. eines B.G.B. 1896.
Biermann: Bürgerliches Recht, Bd. I. 1903.
Blätter für Rechsanwendung i. Bez. d. Kammergerichts Jahrg. 1907.
Braunschweigische Ztg. für Rechtspflege Jahrg. 1904.
Crome: System d. bürgl. Rechts. Bd. III. 1903.
Denkschrift zum Entw. eines B.G.B. 1896.
Dernburg: Lehrb. des deutschen Privatrechts Bd. I.
„ : Bürgerliches Recht. 1905/06.
„ : Pandekten. Bd. 1. 1903.
Deutsche Juristenzeitung. Jahrg. 1902-06.
Dorner: Gesetz über die Angelegenheiten der freiwill. Gerichtsbarkeit.
Eck-Leonhard: Vorträge. Bd. I. 1903/04.
Elsass. Lothringische Juristen-Ztg. Bd. 32, 34.
Endemann: Lehrb. des bürgerlichen Rechts 1903.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 29. 31, 43, 48, 50-54, 56, 57, 59, 60-64, 67, 68.
Fuchs: Materielles Grundbuchrecht Bd. I. 1902.
Goldmann-Lilienthal: Das bürgerliche Gesetzbuch 1900/03.
Gruchots Beiträge. Bd. 41, 43, 44, 48, 49, 54.

Gutbrod: Der obligatorische Grundstücksveräusserungsvertrag; Diss. Tübingen 1904.

Iherings Jahrbücher. Bd. 39, 54.

Islar: Die Formvorschrift des § 313. Diss. Leipzig 1907.

Juristische Wochenschrift, Jahrg. 1901-1908.

Kohler: Lehrb. des bürgerlichen Rechts. Bd. 2.1906.

Kracht: Ueber die Tragweite des § 313 B.G.B. Diss. Rostock 1902.

Kuhlenbeck: Bürgliches Gesetzbuch 1898.

Lehmann-Ring: Handelsgesetzbuch Bd. II. 1899.

Matthiass: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 3. u. 4. Aufl. Bd. 1. 1900 u. 5. Aufl. 1910.

Motive zum Entwurf eines B.G.B. Bd. I. u. II.

Neumann: Handausgabe des B.G.B. Bd. I. 1903.

Oberneck: Das Reichsgrundbuchrecht. 1900/04.

Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse 1906.

Planck: Bürgerliches Gesetzbuch Bd. II. u. III. 1900/03, 1906/07.

Protokolle: (Zweite Lesung). Bd. I. u. II.

„Recht": Jahrgang 1900, 1903-1908.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (Mugdan- Falkmann). Bd. 1, 2. 4, 6-9, 12, 17.

Rehbein: Das bürgerliche Gesetzbuch. Bd. II. 1899.

Renoldi: Der obligatorische Vertrag bei der Veräusserung und dem Erwerbe von Grundstücken. Diss. Tübingen 1907.

Scherer: Recht der Schuldverhältnisse. 1899.

Schleswig-Holst. Anzeiger. Jahrg. 1906, 1907.

Schollmeyer: Recht der Schuldverhältnisse. 1900.

Seufferts (J.A.) Archiv. Bd. 56, 58-61, 64.

Seufferts Blätter für Rechtsanwendung. Bd. 70, 71,

Staub: Kommentar zum H.G.B. Bd. II. 1. 1901, 1900, 1910.

Staudinger: Kommentar zum B.G.B. Bd. II. 1. 1901, 1906, 1910.
Tochtermann: Der § 313. B.G.B. Diss. Rostock 1902.
Turnau-Förster: Liegenschaftsrecht 1906.
Verhandlungen des 26. Deutsch. Juristentags Bd. 1-3. 1902.
Verhandlungen des 28. Deutsch. Juristentags Bd. 3. 1907.
Winscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. II. 1900/01.
Zeitschr. des Deutsch. Notarvereins. Jahrg. 1902, 1903.
Zentralbl. für freiwill. Gerichtsbarkeit. Bd. 3-5, 7.

§ 1. Begrenzung des Themas.

Das Gesamturteil über den „bösen" § 313 des bürgerlichen Gesetzbuches, wie man ihn wohl genannt hat, ist nun doch zu Gunsten der in ihm festgelegten Formvorschrift bei der Veräusserung von Grundstücken ausgefallen; lange und heftig ist der Streit geführt worden. Bis zum Geltungsbeginn des B.G.B. und auch noch in den beiden ersten Jahren nach demselben vernahm man in der Literatur nur weniges über diese neue Gesetzesbestimmung; dieses hatte wohl darin seinen Grund, dass man noch zu wenig mit der Formvorschrift bekannt war, erst die Praxis konnte einen Ueberblick über die Tragweite des § 313 gewähren. Aber sobald man auch nur einigermassen orientiert war, begann die Fehde. Die Tagesordnung des 26. Juristentages (im Jahre 1902) sollte das allgemeine Alarmsignal werden. Es stand dort u.a. die Diskussion über den § 313 zur Verhandlung, die aber laut Bericht wegen Zeitmangels ausfallen musste. Die Folge war, dass manche Schrift für[1]) und wider[2]) das Fortbestehen der Formvorschrift verfasst worden ist, sodass es den Anschein hatte, als ob das Schicksal des § 313 noch lange Zeit unentschieden bleiben sollte. Der 28. Juristentag setzte dann jedoch die Erörterung des § 313 von neuem auf seine Tagesordnung, und hier wurde anerkannt, dass man die Formvorschrift beibehalten müsse.

---

[1]) Stranz und Hänschke in den Verhandlungen des 26. Juristentages Bd. II S. 105 ff und 389 ff; Weissler, Zeitschr. d. deutschen Not.-Ver. 1902, S. 277 ff. und 1903 S. 98 ff; Dennler, Bayr. Not.-Zeitung 1902 Heft 6 und 1904 S. 205 ff. und in Seuff. Bl. 1906 S. 670 ff.; Jakobi, Bayr .Rpfl.-Ztg, 1906 S. 389 ff. Heinitz, D.J.Z 1906, S. 942, v. Pechmann, V. d. 26. J.-T. Bd.3. S. 348 ff u. a.

[2]) Dorst, Verh. d. 26. Jur.-Tags Bd. I S. 18 ff; Oberneck, D.J.Z. 1902 , S. 422 ff; Hamm, Z.Bl.F.G Bd. 7 S. 296 und Verh des 28. Jur.-Tags S. 22 ff. u. a.

Es soll in Kürze erörtert werden, ob die Erwägungen, aus denen heraus die Formvorschrift verlangt worden ist, begründet waren. Man muss wohl bedenken, dass am Ende jedes Gesetz in guter Absicht erlassen wird; gleichwohl ist manches Gesetz wieder umgestossen worden, und so ist vor allem darauf zu sehen, wie das Gesetz sich in der Praxis bewährt. Die Gründe, welche den Gesetzgeber zur Schaffung der Formvorschrift des § 313 veranlassten, lagen nach Stranz[3]) zunächst auf sozialem Gebiete. Die Vorschrift sollte den Grundstückseigentümer von unüberlegten Veräusserungen abhalten. Durch den Beurkundungszwang wird dem Verkäufer erst klar, dass es sich um eine höchst wichtige Sache und nicht etwa um ein Alltagsgeschäft, wie wenn man bei dem Bäcker Semmel kauft, handelt. „Durch den Zwang, der Erklärung eine Form zu geben, wird der Erklärende genötigt, sich über Inhalt und Tragweite seines Wollens, klar zu werden, es wird ihm der Ernst rechtlicher Akte zu Bewusstsein gebracht". (Biermann, Bürgl. R. I. 219). Durch die Form soll also eine Ausbeutung des wirtschaftlich Schwächeren verhindert werden. Dass der § 313 in dieser Richtung sich besonders bewährt hat, geht zur Genüge aus den Fehden hervor, die gegen ihn geführt worden sind. Waren es doch gerade gewerbsmässige Parzellenten, Grundstücksmakler u.s.w., die sich durch die Formvorschrift in ihrer Bewegungsfreiheit behindert fühlten! Sie suchten gegen § 313 unter der versteckten Maske anzugehen, dass der Grundstücksverkehr durch ihn sehr beeinträchtigt werde, was besonders aus dem häufigen Rücktritt der Beteiligten von den formlos geschlossenen Vertrage erhelle. Die Gegner des § 313 (z.B. Dorst a.a. O. S. 23) behaupten, dieser Rücktritt verstosse gegen Treu und Glauben. Diesem Einwande wird durch Satz

[3]) a. a. O. S. 109; vergl. auch die dort citiert. Gesetzesquellen.

2 § 313 und § 873 B.G.B. die Spitze abgebrochen, „denn danach kann ja ein nur mündlich abgeschlossener Vertrag durch Auflassung und Eintragung giltig werden; sind die Kontrahenten über den Vertrag wirklich mit ernsten Willen einig geworden, so werden sie ihn auch bis zur Auflassung halten; anderenfalls ist es immer besser, wenn sie vor der Auflassung zurücktreten, als wenn sie hinterher in Prozess geraten".[4]) Sodann kann man gar nicht nicht von einem Verstoss gegen Treu und Glauben desjenigen sprechen, der von einem gewiegten Grundstücksspekulanten ausgebeutet wurde, wenn er, um sich vor gewissenloser Uebervorteilung zu schützen, sich auf eine Gesetzesvorschrift beruft, denn hier ist zu erwägen, ob die gewissenlose Ausbeutung eines unerfahrenen Opfers nicht treuloser ist, als die Wortbrüchigkeit des letzteren, wenn man von einer solchen überhaupt sprechen darf, da der zurücktretende Teil doch wenigstens noch die Worte des Gesetzes für sich hat. Immerhin kann der Fall auch derartig liegen, dass wirklich nur auf der Seite des vom formlosen Vertrage zurücktretenden Grundstücksveräusserers ein unmoralisches, das Rechtsempfinden des Volkes verletzendes Handeln vorliegt. Man muss aber bei der Beurteilung einer Gesetzesbestimmung nicht nur auf die Schattenseiten blicken, sondern auch auf die Vorteile, die hier bei weitem überwiegen. Der Begriff des Wortes Form-„Zwang" sagt, dass er für denjenigen, der sich über ihn hinwegsetzt, unangenehme Folgen mit sich bringt. Es liegt immer in der Hand des Grundstückserwerbers, sich vor Schaden zu schützen, indem er auf Beobachtung der Form drängt, zumal ja heute jeder weiss, dass der Grundstücksveräusserungsvertrag der Form bedarf. Der Einwurf, der § 313 verletze die Grundsätze über Treu

[4]) Dennler, Seuff. Bl. 71 S. 670 ff u. v. Pechmann a. a. O. S. 444 und 456 ff.

und Glauben war in dieser Hinsicht vielleicht stichhaltig in der Uebergangszeit, wo das Publikum mit der neuen Formvorschrift noch nicht hinreichend bekannt war. Wer aus den Erwägungen heraus, dass die Nichtbefolgung der Formvorschrift einen Verstoss gegen Treu und Glauben hervorrufen kann, den § 313 verwirft, muss zu dem Ergebnis gelangen, dass keine gesetzlichen Formvorschriften gegeben werden dürfen. (R.G. Bd. 52,3). Von einer nachteiligen Beeinflussung des Grundstücksverkehrs durch § 313 kann heute gar nicht mehr die Rede sein, abgesehen davon, dass eine Einschränkung der Verkehrsfreiheit auf Kosten der Verkehrssicherheit wohl anzunehmen ist; denn das Publikum hat sich an das neue Formerfordernis auffallend schnell gewöhnt, wie schon aus der Zusammenstellung bei Stranz (a.a. O. S. 115 ff.)[5]) über die bei Auflassungen von Grundstücken vorgelegten Verträge sowie aus seiner Umfrage ergeben hat. Hier wird der Nachweis geführt, dass sich durchweg ein prozentuales Sinken der auf Grund privatschriftlicher Verträge oder ohne Vertragsurkunde erfolgten Auflassungen bemerkbar macht, dass dagegen die Prozentziffer der in öffentlicher Form errichteten Veräusserungsverträge enorm, um 10-50%, gestiegen ist. Naturgemäss hat sich infolge der Gewöhnung des Publikums an die Formvorschrift das Verhältnis bedeutend zu Gunsten derselben verändert.

Sodann fiel bei der Schaffung des § 313 ein wirtschaftspolitischer Grund ins Gewicht. Durch die Erschwerung des Abschlusses eines Grundstücksveräusserungsvertrages sollte vor allem die Sesshaftigkeit der Bevölkerung gefördert und dargetan werden, dass schon deshalb die Veräusserung nicht leicht zu nehmen sei.[6])

[5]) vergl. auch die von Pechmann (a. a. O. S. 458) angestellten Ermittlungen.

[6]) s. Mot. I. 189 ff; Prot. S. 932; Denkschrift 47.

Gerade in dieser Beziehung hat das Grundeigentum eine besondere soziale Bedeutung, wie die Motive hervorheben, wenn auch im übrigen die Grundstücke als „die wertvollsten Gegenstände des sozialen Vermögens nicht mehr anzusehen sind". Mit der Sesshaftigkeit eines Volkes geht auch gleichzeitig der Sinn für Heimat und des weiteren für das Vaterland verloren; hierin ist eine Gefahr für die Existenz des Staates zu erblicken, und insofern könnte man bei den Grundstücksveräusserungen von einem selbständigen öffentlichen Interesse an der Formvorschrift sprechen. Von einem Erfolge des § 313 in dieser Richtung kann man wohl nur bei dem ländlichen Grundbesitz, der ja auch hierbei allein in Frage kommt, sprechen; denn der Industrie gegenüber mit ihren kolossalen Bodenpreiserhöhungen wird die Formvorschrift des § 313 wohl nie ein Hemmnis gewesen sein.

Endlich sollte nach den Erwägungen des Gesetzgebers durch die Mitwirkung des Gerichts oder Notars beim Vertragsabschlusse eine möglichst grosse Vollständigkeit, Richtigkeit und Verständlichkeit des Vertragsinhaltes gesichert werden. Dass die Formvorschrift in dieser Hinsicht ihren Zweck erfüllt hat, braucht nicht erst nachgewiesen zu werden; denn es ist selbstverständlich, dass juristisch gebildete Personen die Situation besser überschauen und den Willen der Parteien klarer zum Ausdruck bringen können als der Laie, zumal, wie es in den Motiven heisst, jedes Grundeigentum mit einer Reihe von Rechtsverhältnissen zusammenhängt, die wegen der Unvergänglichkeit des Grundeigentums von weitaussehender Dauer sind, sodass also auch die Veräusserung und der Erwerb immer eine besondere Vorsicht erfordern, wenn nicht für die Vertragsschliessenden erhebliche Schwierigkeiten zu befürchten sein sollen. Dem wird man vielleicht entgegen halten, dass gerade der § 313 B.G.B.

zu so zahlreichen Rechtsprechungen Anlass gegeben hat. Dieses tut jedoch nichts zur Sache, denn durch diese Rechtssprüche sollte nicht so sehr der Vertragsinhalt, d.h. der Wille der Parteien festgestellt, als vielmehr klargelegt werden, ob der an sich klare Vertragsinhalt der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedürfe. Ist erst einmal die Tragweite des § 313 in allen seinen Teilen festgelegt, so werden sich sicherlich auch die Grundstücksprozesse bedeutend vermindern. Uebrigens sind die Verstösse gegen die Formvorschrift des § 313 solche, wie sie bei allen Rechtsakten zutreffen, bei denen vom Gesetz eine besondere Form verlangt wird.

Diese Erörterungen darüber, dass die Formvorschrift des § 313 auch wirklich den Erwartungen des Gesetzgebers, aus denen heraus sie entstanden ist, entsprochen hat, mögen zum Beweise der Zweckmässigkeit genügen. Es gibt natürlich noch eine Reihe anderer Gründe, die für die Formvorschrift sprechen. Wir werden im Laufe der Abhandlung immer wieder Gelegenheit nehmen auf diese hinzuweisen, wie wir insbesondere die gegen die Formvorschrift erhobenen Bedenken und Abänderungsanträge im einzelnen an gegebener Stelle darlegen und besprechen werden.

Für uns steht als das Facit der mit grosser Heftigkeit geführten Kämpfe um das Sein und Nichtsein der Formvorschrift fest: Die Zweckmässigkeitsgründe überwiegen die dem Paragraphen entgegenstehenden Bedenken; daher ist die Gesetzesbestimmung des § 313 aufrecht zu erhalten. (vgl. besonders das Gutachten von Stranz a.a. O.).

Nachdem nun so endgültig das Schicksal des § 313 entschieden ist, und man wohl annehmen darf, dass er ein dauernder Bestandteil unseres Rechtes bleiben wird, lohnt es sich, den Inhalt der einschneidenden Formvor-

schrift dieses Paragraphen an der Hand des in der Literatur und Praxis gebotenen Materials zu prüfen und festzulegen. Insbesondere sollen die Streitfragen, die sich herausgestellt haben, eingehend erörtert und gewürdigt werden.

§ 2. Die im § 313 vorgeschriebene Form.

§ 313 B.G.B. lautet: „Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Ein ohne Beobachtung dieser Form geschlossener Vertrag wird seinem ganzen Inhalte nach gültig, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen".

Es ist wohl zu beachten, dass durch § 313 eine bestimmte Form für den obligatorischen Vertrag vorgeschrieben wird, durch den sich der eine Teil vorläufig nur verpflichtet, demnächst das Eigentum des in Frage stehenden Grundstücks auf den anderen zu übertragen; der obligatorische Vertrag ist also streng zu scheiden von dem dinglichen Vertrage; durch letzteren wird sofort das Eigentum eines Grundstücks von einer Partei auf die andere übertragen, während die obligatorischen Verträge auf die Begründung einer Obligation gerichtet sind. (Dernburg, Pandecten, 03, I, 216), sodass also ein obligatorischer Grundstücksveräusserungsvertrag nur einen Anspruch des Grundstückserwerbers gegen den Veräusserer begründet, ihm das Eigentum an dem Grundstücke zu übertragen; durch den obligatorischen Vertrag wird gewissermassen die Grundlage für die dingliche Eigentumsübertragung geschaffen. Auch die Gültigkeit des dinglichem Vertrages ist vom Gesetzgeber an die Erfüllung

gewisser Formalvorschriften gebunden worden (§§ 873; 925 B.G.B.). Aus dem formellen Vertrage kann auf Vollzug der Auflassung geklagt werden. Bei dem dinglichen Vertrage sind Formalitäten etwas Gewöhnliches und der Rechtsgeschichte entsprechend; dagegen kann man bei den obligatorischen Verträgen, die Grundstücke betreffen, einen steten Wechsel beobachten. Im römischen Sachenrecht, wo man kaum einen Unterschied zwischen Mobilien und Immobilien machte, gab es keine Sonderbestimmungen über den obligatorischen Grundstücksveräusserungsvertrag; hier kommen also die allgemeinen Bestimmungen über Verträge in Betracht, sodass also, von gewissen typischen Vertträgen abgesehen, die Stipulationsform zur Anwendung gelangte.

Das alte deutsche Recht, welches wie das B.G.B. zwischen Mobilien und Immobilien schied, hatte für das Eigentum an letzteren eine besondere Erwerbsart, welche im Gegensatze zum römischen Rechte den obligatorischen Erwerbsakt mit dem dinglichen vereinigt, sodass es also keine Sondervorschriften über den obligatorischen Vertrag gab. Späterhin jedoch bürgert sich die Sitte ein, dass die Parteien aussergerichtlich den obligatorischen Vertrag abschlossen, während durch die nachfolgende gerichtliche Auflassung das Eigentum übertragen wurde. So herrscht also gemeinrechtlich für obligatorische Grundstücksveräusserungsverträge Formfreiheit. (vgl. Stranz a.a. O. S. 107); jedoch forderten die meisten deutschen Landesgesetze für dieselben eine Form, sei es die einfache Schriftform, sei es gerichtliche oder notarielle Beurkundung. So bedurfte es nach allgemeinem Landrechte für die obligatorischen Veräusserungsverträge der einfachen Schriftform; dieselbe Form fordern das sächsische B.G.B. (§ 822). Das bayr. Not. G. vom 10 Nov. 1861 fordert sogar, dass alle Verträge, welche eine Eigentumübertragung, Besitz-

änderung einer unbeweglichen Sache oder diesen gleichstehende Rechte oder andere dingliche Rechte betrafen, in notarieller Form abgeschlossen wurden (vgl. Art. 14 d. Ges.). An dieses bayrische Notariatsgesetz hat sich das B.G.B. angeschlossen, „unterscheidet sich jedoch von diesem dadurch, dass nur die Verträge über die Uebertragung des Eigentums, nicht auch die obligatorischen Verträge über andere dingliche Rechte an Grundstücken unter den Beurkundungszwang gestellt sind, und dass eine Heilung der Nichtigkeit zugelassen wird" (Staudinger, 08 Bd. II. 1, 171). Sodann besteht ein weiterer Unterschied darin, dass nach dem bayrischen Not. Ges. notarielle Beurkundung schlechthin vorgeschrieben ist, während das B.G.B. alternativ bestimmt, dass die Beurkundung gerichtlich o d e r notariell zu geschehen habe. Es erscheint uns nötig, kurz auf die gerichtliche und notarielle Beurkundung selbst einzugehen, bevor wir überhaupt an die Aufgabe herangehen, welche Verträge der in Frage stehenden Formvorschrift unterworfen sind; denn wenn nachher immer wieder die Rede ist von formellen Verträgen, ist es wohl erforderlich, dass wir zunächst einmal wissen, worin die Form besteht. — Reichsrechtlich sind also die gerichtliche und notarielle Beurkundung einander gleichgestellt. Durch Art. 142 und 143 hat das Reichsrecht dem Landrecht vorbehalten, weitere Bestimmungen über die sachliche Zuständigkeit der Beurkundung dahin zu treffen, ob die Beurkundung statt durch den Richter oder Notar, nur durch den Richter oder aber nur durch den Notar erfolgen soll. Preussen hat von diesem Rechte keinen Gebrauch gemacht; Bayern hat dagegen bestimmt, (Not. G. 1899. Art. 1. u. Art. 167 Ziffer I. bayr. A.G. z. B.G.B.), dass die Notare ausschliesslich zuständig sein sollen, soweit nicht reichsrechtlich die Zuständigkeit des Verlassenschafts oder Vormundschaftsgerichts oder des

Grundbuchamts begründet ist. Das Fürstentum Lippe wiederum hat in seinem A.G. z. B.G.B. § 14 bestimmt, dass die gerichtliche Beurkundung allein zulässig sein soll. Nähere Bestimmungen über die Art und Weise der notariellen bezw. gerichtlichen Beurkundung sind im B.G.B. nicht enthalten; die Beurkundung ist als Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit auch in diesem Gesetze (R.G. v. 17. Mai 1898) geregelt, doch wollen wir auf diese Bestimmungen nicht näher eingehen, da sie ausserhalb des Rahmens dieser Arbeit liegen.[7]) Bemerkt sei nur noch, dass es zwei verschiedene Arten der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung gibt. Bei der ersten Art hat der Vertragsabschluss vor Gericht oder Notar bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Parteien zu erfolgen; dieses ist die strenge Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, vgl. z.B. §§ 925 (Auflassung), 2276 (Ehevertrag) B.G.B. Nach der zweiten Art, und hierher gehört auch § 313, ist nicht gleichzeitige Anwesenheit beider Parteien erforderlich, sondern „es genügt (§ 128 B.G.B.), wenn zunächst der Antrag und sodann die Annahme des Antrags von einem Gericht oder einem Notar beurkundet wird". Dieses wird dann praktisch, wenn die Kontrahenten einen verschiedenen Wohnsitz haben, der Kaufvertrag kommt in dem Augenblicke zustande, wo der Käufer die ihm vom Verkäufer übermittelte gerichtlich oder notariell beurkundete Offerte annimmt und diese Annahmeerklärung seinerseits wieder gerichtlich oder notariell beurkunden lässt. (§ 152 B.G.B.).

Die Vorschriften, die im Recht der Schuldverhältnisse des B.G.B. gegeben sind, haben im allgemeinen einen nachgiebigen Charakter, sie enthalten sog. ius dispositivum, d.h.

[7]) vergl. §§ 167–180, 198 R.G.F.G.G., welche die Zuständigkeit der Gerichte, die beteiligten Personen etc betreffen, sowie Art. 31 ff des preuss. F.G.G.; s. a. die ausführlichen Darlegungen bei Tochtermann S. 28—49.

die vom Gesetze aufgestellten Grundsätze können durch Parteivereinbarungen abgeändert werden. Die Form des § 313 gehört zu den wenigen Ausnahmen, die eine abweichende Parteivereinbarung ausschliessen. Der Grund, weshalb hier dem freien Willen der Parteien eine Schranke gesetzt ist, ist aus den Erwägungen heraus zu entnehmen, die den Gesetzgeber überhaupt zur Schaffung des § 313 veranlassten. Halten die Parteien die gesetzlich vorgeschriebene Form nicht inne, so ist der Vertrag gemäss § 125 B.G.B. nichtig; aus dem Vertrage können keinerlei Ansprüche geltend gemacht werden, es kann also weder auf Erfüllung noch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung geklagt werden. Mit Recht wurde auf dem 28. Juristentage (Bd. III. S. 45) ein Antrag Neumanns abgelehnt, der forderte, dem § 313 folgenden Zusatz zu geben: „Die Berücksichtigung des Formmangels setzt einredeweises Geltendmachen des Formmangels voraus". Wollen beide Parteien den Vertrag, trotzdem er der Form ermangelt, dann soll er gültig sein. Eine derartige Durchbrechung des Grundsatzes der Formstrenge würde die Zweckmässigkeit der ganzen Vorschrift in Frage stellen. Von einer vertraglichen Bindung kann dann ja gar keine Rede sein, da jeder Teil jeder Zeit seinen Rücktritt erklären kann. Zudem würde ein grosser Wirrwarr entstehen; ein derartiges Gebilde lässt sich, wie Enneccerus ausführt (ebendort S. 60), überhaupt nicht juristisch konstruieren und ist in der Praxis unanwendbar; denn „eine Einrede ist die Berufung auf die Nichtigkeit nicht, eine Anfechtung im Sinne des B.G.B. ist sie auch nicht. Es würde vielmehr, wenn der Antrag Gesetz würde, eine ganz eigentümlich schwebende, von der Berufung auf die Nichtigkeit abhängige Nichtigkeit statuiert". Der Juristentag hat daher auch den Antrag ohne Debatte, mit Ausnahme der von Enneccerus gemachten Ausführungen, abgelehnt.

Fraglich ist, ob nicht durch einen formlos abgeschlossenen Vertrag eine natürliche Verbindlichkeit entsteht[8]). Dieses ist zu verneinen; denn das Wesen der natürlichen Verbindlichkeiten besteht darin, dass zwar eine Verpflichtung des Schuldners diese Leistung zu fordern besteht, dass es jedoch dem Gläubiger versagt ist, seinen Anspruch durch eine Klage geltend zu machen, (Matthiass I. S. 320); erfüllt jedoch der Schuldner aus freien Stücken, so kann er nicht etwa die condictio indebiti anstellen. Dieses letzte Moment fehlt eben bei einem der Formvorschrift des § 313 nicht entsprechenden Vertrage. Im Gegenteil der Käufer kann, falls er den Kaufpreis entrichtet hat, denselben nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordern (§§ 812 ff. B.G.B.)[9]), ebenso wie der Verkäufer auf Rückübertragung des Besitzes klagen könnte, falls er denselben bereits dem Käufer überlassen haben sollte, denn erst nach der Auflassung hat der Vertrag volle Wirkung, vorher hat er gar keine, auch nicht eine sog. halbe Wirkung in Form der naturalis obligatio. Wir halten es daher nicht für richtig, wenn Tochtermann (S. 54) den nicht beurkundeten obligatorischen Grundstücksveräusserungsvertrag zu den natürlichen Verbindlichkeiten rechnet, weil das Gesetz ein anderes Mittel gewährt hat, um dem formlosen Vertrage Geltung zu verschaffen, indem nämlich durch § 313 S. 2. bestimmt sei, dass die mangels gerichtlicher oder notarieller Beurkundung abgeschlossenen Verträge durch Auflassung und Eintragung gültig werden sollen. Das bedeutet ein Verkennen des Wesens der naturalis obligatio. Auch beruft sich Tochtermann mit Unrecht auf Matthiass I. S. 321, da hier nur gesagt

[8]) so Kipp bei Winscheid II, S. 176; Tochtermann S. 54 u. a.; dagegen Örtmann in d. Öster. G. Ztg. 1902, Sonderdruck S. 12,
[9]) Rechtspr. O.L.G. Bd. 6. S. 228; Neumann B.G.B. Bd. I zu §§ 12.

ist, dass hierher „auch die Erscheinung, dass die Nichtigkeit eines Schuldversprechens, die sich auf den Mangel der Form zurückführt, durch Erfüllung geheilt wird", gehöre. Hierin ist nach m.A. nur ausgesprochen, dass eine Annäherung an die naturalis obligatio vorhanden ist, nicht aber, dass eine solche vorliegt. Selbst dann, wenn der Käufer wusste, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war, kann er das zum Zwecke der Erfüllung des nichtigen Kaufvertrages Geleistete zurückverlangen; ihm steht also nicht die Bestimmung des § 814 entgegen. Auch nicht mit dem Allheilmittel des § 826 kann einer durch einem formwidrigen Vertrag geschädigten Partei Ersatz verschafft werden; denn die Erfüllung eines wegen Formmangels nichtigen Vertrages ist keine sittliche Pflicht (R. 03. S. 236; 04. S. 24; J. W. 06. S. 161),

Selbst ein ausdrücklicher Verzicht der Vertragsparteien auf die im § 313 geforderte Form wäre nichtig (R. G. Bd. 61 S. 264). Der vom R. G. entschiedene Fall lag derart, dass die Parteien darüber stritten, ob gemäss dem zwischen ihnen abgeschlossenen Kaufvertrage der Beklagte gewisse auf dem Grundstücke lastende Hypotheken übernehmen oder der Kläger sie löschen lassen müsse (§ 439 Abs. 2. B.G.B.). Das Gericht in erster Instanz liess sich den Kaufvertrag beifügen und entdeckte, dass derselbe der vorgeschriebenen Form ermangelte, äusserte sich aber über den Formmangel nicht, da es aus anderen Gründen zu einem abweisenden Urteile gelangte. Das Berufungsgericht gab der Berufung statt und sagte: „Die Frage, ob der Grundstücksveräusserungsvertrag der Form des § 313 genügt, kann im vorliegenden Falle auf sich berufen; denn beide Teile . . . wollen keinesfalls die Gültigkeit des Vertrages in Zweifel stellen und ihn deshalb der Prüfung auf die Beobachtung der vorgeschriebenen Form, sondern nur der Auslegung des Gerichts

unterbreiten". Diese Entscheidung hat dann das R. G. in letzter Instanz umgestossen, eben weil der Verzicht auf eine gesetzlich vorgeschriebene Form wirkungslos ist. Aus dieser Entscheidung geht weiterhin hervor, dass der Richter die Nichtigkeit eines solchen formwidrigen Vertrages von Amtswegen zu berücksichtigen hat und einen auf ihn gestützten Anspruch ohne weiteres abweisen muss, ohne erst die Geltendmachung der Nichtigkeit von seiten einer Partei abzuwarten.

Als selbstverständlich ist es zu betrachten, dass eine etwa für den Fall der Nichterfüllung eines formlos abgeschlossenen Kaufvertrages versprochene Konventionalstrafe nicht verbindlich ist; denn es wäre geradezu widersinnig, wenn das Gesetz zur Umgehung einer von ihm erlassenen Formvorschrift die Handhabe bieten wollte, indem es der aus einem gesetzwidrigen Vertrage klagenden Partei indirekt zu einem Ersatz des wegen der Formnichtigkeit nicht zur Entstehung gelangten Anspruchs verhelfen oder ihr gar ein Mittel an die Hand geben würde, einen Zwang zur Erfüllung des formlosen Vertrages auf die Gegenpartei auszuüben, da ja gerade die Vertragsstrafe die Funktion eines Verstärkungsmittels haben soll, dass der Schuldner unter allen Umständen seinen im Vertrage begründeten Verbindlichkeiten nachkommt. (Matthiass, S. 220). Dabei ist die festgesetzte Strafe häufig grösser als das Interesse, das die andere Partei an der Erfüllung des Hauptvertrages hat. Würde ein derartiges Strafversprechen gültig sein, so würde damit „das Gesetz dem Formerfordernisse des § 313 selbst die Spitze abgebrochen haben" (Mot. I. S. 182); daher ist im § 344 ausdrücklich bestimmt, dass ein derartiges Strafversprechen ungültig ist, auch wenn die Parteien die Nichtigkeit des Hauptvertrages kannten. Dagegen ist natürlich die Vereinbarung einer Vertragsstrafe bei einem formellen

Grundstücksveräusserungsvertrage bindend. Hier ist noch der Fall zu erörtern, dass zwar der Grundstücksveräusserungsvertrag formlos, die Vereinbarung einer Konventionalstrafe jedoch in der gerichtlichen oder notariellen Form erfolgt ist. Wir unterstellen, die Parteien wussten, dass der Hauptvertrag mangels vorgeschriebener Form nichtig war. Die Behauptung Islars[10]), dass sowohl die versprochene Konventionalstrafe unverbindlich sei, sowie auch der Grundstücksveräusserungsvertrag nichtig bleibe, scheint uns irrig zu sein. Islar stellt diese Behauptung ohne jede Begründung auf. Uns will vielmehr die Annahme Tochtermanns (S. 52, Anm. 1) richtiger erscheinen, dass hier eine Bestätigung des nichtigen Vertrages möglich und in unserem Falle auch tatsächlich erfolgt ist. Durch die Vereinbarung einer Vertragsstrafe haben die Parteien das nichtige Rechtsgeschäft bestätigt (§ 141 B. G.B.). Dieses ist aber als eine neue Vornahme des Geschäfts zu beurteilen, und da nun auch die Form beobachtet ist, so gilt nunmehr der Hauptvertrag als zugleich mit dem Strafversprechen geschlossen und beide sind rechtswirksam.[11]) Damit soll nun nicht gesagt sein, dass jedes formelle Strafversprechen diese Folge hat. Würde der Grundstücksveräusserer einseitig die formelle Erklärung abgeben; ich verpflichte mich zu einer Vertragsstrafe von . . . ., so würde hierdurch das nichtige Rechtsgeschäft nicht wirksam werden, sondern nur durch das Mitwirken beider Vertragsparteien würde dieser Erfolg erzielt werden, da das zu bestätigende Rechtsgeschäft ein zweiseitiger Vertrag ist.

Zum Schlusse dieses Abschnitts mag dann noch gesagt sein, welche Grundstücke nur durch formellen Vertrag veräussert werden können. Der § 313 spricht von

[10]) Islar, die Formvorschrift des § 313 B. G. B. Diss. Leipzig 1907.
[11]) Planck, 07, S. 191; Schollmeyer, R. d. Sch. 1900 S. 254.

Grundstücken schlechthin; es müssen also zunächst alle Verträge die über Grundstücke des deutschen Reichsgebiets im Inlande abgeschlossen werden gemäss Art. 11. E.G. B.G.B. formell abgefasst werden. Dagegen kann wohl zwischen Inländern, welche in einem fremden Staate, wo Grundstücksveräusserungsverträge keiner Form bedürfen, ein Vertrag über ein deutsches Grundstück ohne Beobachtung des § 313 geschlossen werden; denn hier gilt der Grundsatz: locus regit actum (Art. 11. E.G. B.G.B.) (s. Dernburg, Privatr. I, 102). Fraglich ist, ob auch Veräusserungsverträge, die im Inlande über ausländische Grundstücke abgeschlossen werden unter § 313 fallen. Das Kammergericht hat diese Frage bejaht (D. J. Ztg. 1905, S. 864) unter der Begründung, dass die Form des § 313 eine Schutzvorschrift vor übereilten Kaufabschlüssen sein soll; diese Schutzvorschrift müsse den Inländern in jedem Falle zu gute kommen, mag es sich, nun um einen Veräusserungsvertrag über ein inländisches oder ausländisches Grundstück handeln. Der Art. 11. E.G. B.G.B. finde keine Anwendung, da es sich hier nur um dingliche Rechtsgeschäfte handele, während über obligatorische Verträge nichts gesagt sei. Wir können uns diesem Erkenntnisse nicht anschliessen. Zur Schaffung des § 313 haben neben dem Gedanken, übereilte Kaufverträge hintanzuhalten, doch auch wirtschaftspolitische Momente in hohen Masse beigetragen (vgl. oben). Auch aus Art. 11. E.G. B.G.B. kann nicht gefolgert werden, dass § 313 angewandt werden muss, wie das Reichsgericht (Bd. 63. S. 18) entschieden hat; es sei vielmehr anzunehmen, dass die Bestimmung des Art 11. positiv zur Anwendung des ausländischen Rechts führen müsse. Artikel 11. Absatz 2. sei allerdings nur auf dingliche Rechtsgeschäfte zu beziehen, besage jedoch auch nicht, welche Gesetze für dingliche

Rechte massgebend seien. Aber aus Art. 11. Abs. 1. S. 1. sei zu folgern, dass für ein Rechtsgeschäft, dessen Gegenstand ein Grundstück bildet, die örtlichen Gesetze, d.h. die leges rei sitae massgebend seien, ohne Unterschied, ob es sich um dingliche oder persönliche Rechtsbeziehungen handele. Dieses sei um so mehr gerechtfertigt, als auch das frühere Recht auf dem Standpunkte stehe[12]). Selbstverständlich kann vereinbart werden, dass ein derartiger Veräusserungsvertrag nach deutschen Gesetzen beurteilt werden soll, dann findet auch § 313 Anwendung (Rechtspr. O.L.G. Bd. 16, S. 362.); dieses folgt aus dem im deutschen Rechte herrschenden Grundsatze der Vertragsfreiheit.

Anfangs war man im Zweifel, ob § 313 nur für die im Grundbuch eingetragenen Grundstücke Geltung habe. Schon Tochtermann (S. 6) sagt, dass dieser Zweifel unbegründet sei und durch die Entscheidungen mehrer Gerichte[13]) ist festgestellt worden, dass § 313 gleichmässig für alle Grundstücke zu gelten habe, ob sie eingetragen sind oder nicht. Es liegt auch gar kein Grund vor, auf den man die Annahme stützen könnte, es kämen nur grundbuchmässig verzeichnete Grundstücke in Betracht; im § 313 ist nicht die Voraussetzung gemacht, dass ein Grundbuch vorhanden sein muss, und es ist nicht einzusehen, weshalb das Gesetz die mit der Formvorschrift verfolgten Zwecke von einer Eintragung des zu veräussernden Grundstücks abhängig gemacht haben sollte. Daher bedarf es auch bei einem Veräusserungsvertrage über Grundstücke, die von einer Eintragung in das Grundbuch befreit sind — § 90 G.B.O., Art. 37 des preuss. A.G. B.G.B.; Art. 83. des bayr. A,G, — der Form des § 313 (Seuff. Bl. Bd. 70. S. 251). Man hat ausdem

[12]) A.L.R. § 115, I. 5; Dernbg., Pandecten Bd. I § 47; Winscheid, Pand. Bd. 1 § 35.

[13]) R.G. Bd. 64 S. 35; Rechtspr. O.L.G. Bd. I. S 95 u. a.

Umstande, dass dann der Satz 2. des § 313 keinen Zweck habe, folgern wollen, dass es sich nur um grundbuchmässig verzeichnete Grundstücke handeln könne,; dieses ist verfehlt. Hier wird übersehen, dass Satz 2. gegenüber Satz 1 untergeordneter Natur ist und nur ausnahmsweise die Vorschrift des 1. Satzes ersetzen soll. Auch Art. 189 E.G. B.G.B. lässt eine derartige Annahme nicht zu, da es sich hier ebenso wie im Art. 11. Abs 2 nur um dingliche Rechtsgeschäfte handelt (Seuff. Arch. Bd. 56, 124).

Das Geltungsgebiet des § 313

§ 3. Allgemeines.

Ein Vertrag, durch den sich ein Teil verpflichtet, Grundstückseigentum zu übertragen, unterliegt dem Formzwange. Es muss sich also in jedem Falle um einen Vertrag handeln, und zwar um einen Vertrag in bürgerlichrechtlichen Sinne; dass die Verträge anderer Rechtsgebieten ausscheiden, ist eigentlich selbstverständlich, da das B.G.B. nur über die ihm zu Grunde liegende Materie Bestimmungen trifft. So findet § 313 keine Anwendung, wenn es sich um öffentlichrechtliche Eigentumsübertragung handelt, z.B. wenn durch Staatsvertrag Gebiet an einen anderen Staat abgetreten würde. Ueber den Begriff des Vertrages ist man sich, wie Planck (I. S. 259) bemerkt, in der Wissenschaft und Praxis im wesentlichen einig; es muss sich der rechtsgeschäftliche Wille von mindestens zwei Personen zu einem auf Hervorbringung derselben rechtlichen Wirkung gerichteten Willen zusammenschliessen, und diese Willenseinigung, Vertragswille genannt, muss einen genügenden Ausdruck erhalten. — Der rechtsgeschäftliche Wille zweier Personen muss vorhanden sein, d.h. also alle übrigen rechtsgeschäftli-

chen Verpflichtungen zur Uebertragung von Grundstücks-eigentum fallen nicht unter § 313, so namentlich nicht die einseitigen Rechtsgeschäfte (s. Tochtermann, S. 7. ff.).

Wem „der eine Teil" das Eigentum an dem Grundstück übertragen soll, ist gleichgiltig. Seinem Wortlaut nach betrifft § 313 nicht nur Verträge, wodurch der eine Teil sich unmittelbar dem anderen Teile gegenüber verpflichtet, ihm das Eigentum an dem Grundstücke zu übertragen, also Verträge zwischen dem Veräusserer und Erwerber, sondern auch solche Verträge unterliegen dem Formzwang, wodurch der eine Teil sich gegenüber dem anderen verpflichtet, die aus diesem durch Beschaffung der Käufer und Vereinbarung der Kaufbedingungen vorbereiteten Verträge über die Uebertragung des Eigentums an Grundstücken mit den Käufern abzuschliessen (R.G. Bd. 50, S. 165); doch werden wir uns später mit derartigen Verträgen eingehend beschäftigen. Natürlich kann auch die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung zu Gunsten Dritter (§ 328 B.GB). übernommen werden; dieser Vertrag ist dann ebenfalls formbedürftig. (Tochtermann S. 9).

Der Begriff der Eigentumsübertragung und des Eigentums im besonderen braucht wohl nicht näher erörtert zu werden; Planck (III. S. 162) definiert das Eigentum auf Grund des § 903 B.G.B. als „das Recht der vollständigen und ausschliesslichen Herrschaft über ein Grundstück". Gleichgiltig ist, ob der sich zur Uebertragung von Grundstückseigentum Verpflichtende schon Eigentümer des Grundstücks ist oder nicht; auch ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, ein erst zu erwerbendes Grundstück weiterzuveräussern, bedarf der Form. Der Begriff des Eigentums umfasst selbstverständlich auch das Miteigentum, sodass auch für die Begründung und Weiterübertragung von Miteigentum die Form

des § 313 erforderlich ist. Ein Vertrag, durch den jemand die Verpflichtung übernimmt, innerhalb gewisser Zeit ein bestimmtes Grundstück nicht zu veräusseren, bedarf keiner Form, denn hier soll ja gerade eine Eigentumsübertragung verhindert werden. (R.G. in J.W. 1905. S. 73).

Für Verträge, durch welche sich jemand zur Bestellung oder Uebertragung eines anderen Rechts an einem Grundstücke verpflichtet, gilt § 313 nicht (s. Motive S. 190), mit Ausnahme solcher Verträge, die das Erbbaurecht betreffen; von diesen wird nachher die Rede sein. In der zweiten Kommission wurde ein Antrag gestellt, die Vorschrift des § 313 auch auf die obligatorischen Verträge über dingliche Belastungen eines Grundstücks auszudehnen. Dieser Antrag wurde jedoch mit der Begründung abgelehnt, dass bei diesen Rechten die Formalisierung des dinglichen Vertrages genügende Garantieen für vernünftiges Handeln der Parteien biete. Zudem würde nach m. A. durch eine derartig weite Ausdehnung der Formvorschrift der Geschäftsverkehr allzu sehr behindert werden.

1.) In § 313 heisst es:

Ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet Eigentum zu übertragen. Anschliessend hieran ist die Streitfrage entstanden, ob nicht auch Verträge, welche die Verpflichtung zum Erwerbe eines Grundstücks enthalten, formell abgefasst werden müssen. Man muss wohl unterscheiden zwischen Verträgen, welche eine Verpflichtung und solchen, die eine Berechtigung zum Erwerbe eines Grundstücks begründen. Dass letztere unter die Formvorschrift des § 313 fallen, kann nicht zweifelhaft sein, da in diesen Verträgen immer gleichzeitig eine Verpflichtung des anderen Teils enthalten sein muss, das Eigentum an dem fraglichen Grundstücke zu übertragen. Die-

ses folgt notwendig aus dem Begriff „Berechtigung". Andrerseits ist es sehr wohl möglich, dass ein Vertrag dahin abgeschlossen wird, dass zwar der eine Teil zum Erwerbe, der andere Kontrahent jedoch nicht zur Veräusserung des Grundstücks verpflichtet sein soll (R.G. Bd. 50, S. 77, 82). — Wir wollen zunächst auf die Ansicht derer eingehen, die sich auf die Gesetzesmaterialien stützen. So behaupten Dorst (a.a. O.) und Neumann (B.G.B. zu § 313), dass aus der Entstehungsgeschichte des § 313 zu entnehmen sei, dass diese Bestimmung sich auch auf die Verpflichtung zum Grundstückserwerbe beziehe. In den Motiven (Bd. II. S. 189) heisst es gelegentlich der Begründung der Zweckmässigkeit der Formvorschrift u.a. . . „Es kommt hinzu, dass jedes Eigentum mit einer Reihe von Rechtsverhältnissen zusammenhängt, welche wegen der Unvergänglichkeit des Grundeigentums von weit ausschauender Bedeutung sind, sodass also die Veräusserung und der Erwerb immer besondere Vorsicht erfordern". Hier ist zwar von dem Erwerbe von Grundstücken die Rede, jedoch glaube ich mit Bestimmtheit annehmen zu dürfen, dass hier nicht gemeinhin von Verträgen, welche die Verpflichtung zum Erwerbe eines Grundstückes zum Gegenstande haben, sondern von dem Erwerbe, der notwendigerweise bei jedem Veräusserungsvertrage erfolgt, die Rede ist. In der zitierten Stelle sind die Schwierigkeiten gemeint, die in dem Veräusserungsvertrage eventuell für den Erwerber entstehen können. Nirgends ist ausgesprochen, dass auch die Verträge, die nur eine Verpflichtung zum Grundstückserwerbe enthalten, formell abgefasst werden sollen. Im Gegenteil, späterhin (S. 190) heisst es: . . „Dagegen ist ein wirkliches Bedürfnis nur hervorgetreten in Ansehung der Verträge, durch welche die Verpflichtung zur Uebertragung des Eigentums an Grundstücken übernommen

wird. In den Protokollen (Bd. I. S. 460 ff.). steht überhaupt nicht einmal das Wort „Erwerb" bei der Behandlung der Formvorschrift. Jedenfalls nehme ich an, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 313 an Verträge, die nur eine Verpflichtung zum Erwerbe enthalten, nicht gedacht hat, ob er daran hätte denken müssen, ist eine andere Frage.

Aus der Fassung des § 313 ist erst recht nicht zu entnehmen, dass auch die reinen Erwerbsverträge der Formvorschrift unterstellt sind. Hier heisst es nur: . . . . „zu übertragen". Dementsprechend hat auch das Reichsgericht (J. W. 05. S. 126) dahin erkannt, dass, wie es schon in R.G. Bd. 50. S. 77, 82 heisst: „die Formvorschrift des § 313 B.G.B. nach ihrem klaren Wortlaute keine Anwendung findet". Uebrigens ist in dem Wortlaute dieses Urteils ein kleiner Fehler unterlaufen. Es heisst da zum Schluss wörtlich: „Auf derartige, nur das Recht auf Abnahme des Grundstücks begründende Verträge findet die Formvorschrift des § 313 nach ihrem klaren Wortlaute keine Anwendung". Demgegenüber verweisen wir auf unsere früheren Ausführungen, wonach bei der Berechtigung des einen Teils immer eine korrespondierende Verpflichtung des andern Teils vorliegt. Das Gericht hat aber im gegebenen Falle die Verträge gemeint, die auf eine Verpflichtung zum Grundstückserwerbe abzielen, was deutlich aus dem vorhergehenden Satze zu erkennen ist, wo das Gericht von der Pflicht der einen Partei zu kaufen spricht und hieran anschliessend fortfährt: „Auf derartige u.s.w."

Schon in der Entscheidung Bd. 50. heisst es, dass vielleicht aus anderen Gesetzesstellen, z.B. aus § 128 B. G.B. und aus dem Sinne dieses Paragraphen ein gegenteiliger Wille des Gesetzgebers gefolgert werden würde, wonach die Formvorschrift auch für Erwerbsverträge gelte.

Wir haben eine derartige Folgerung aus anderen Gesetzesstellen in der Literatur nicht feststellen können und glauben auch, dass sie aus § 128 nicht gezogen werden kann, welcher lautet: Ist durch Gesetz gerichtliche oder notarielle Beurkundung eines Vertrages vorgeschrieben, so genügt es, wenn zunächst der Antrag und sodann die Annahme des Antrages von einem Gericht oder Notar beurkundet wird. Man könnte eventuell unterstellen, der zweite Akt der Beurkundung, nämlich die gerichtliche oder notarielle Annahme des Antrags, enthalte ja eine selbständige Verpflichtung zum Erwerbe eines Grundstücks. Dem ist aber nicht so! Der formelle Antrag mit der formellen Beurkundung der Annahme machen zusammen ein Ganzes, den Vertrag aus; es handelt sich hier um die succesive selbständige Beurkundung zweier Vertragserklärungen, die einander entsprechen. (R.G. Bd. 52, S. 437). Erst mit der Beurkundung der Annahme kommt der Vertrag zustande. Die beurkundete Annahme ist also nicht etwa die selbständige Verpflichtung zum Grundstückserwerbe, sondern sie ist nur ein Bestandteil des Grundstücksveräusserungsvertrages, und nur als solche bedarf sie der Form. — Aus dem Sinn und Zweck des Paragraphen ist allerdings mehrfach gefolgert worden, dass auch die einseitige Verpflichtung zum Grundstückserwerbe formbedürftig sei.

Falsch ist die Deduktion Neumanns (B.G.B. zu § 313), der aus der Verpflichtung des Käufers das Grundstück abzunehmen, d.h. bei der Uebertragung des Eigentums gemäss § 925 B.G.B. mitzuwirken, folgert, dass auch die Verpflichtung zum Erwerbe eines Grundstücks formell begründet sein müsse; denn § 313 findet nicht nur auf zweiseitige Verträge, sondern auf Verträge schlechtweg, auch auf einseitige Verträge, die eine Verpflichtung zur Uebertragung von Grundstückseigentum enthalten. An-

wendung. Bei der letzten Art von Verträgen wird aber nur der eine Teil gegenüber dem anderen belastet, der eine Teil einseitig verpflichtet. Wie will man aus diesen einseitigen Verträgen die formelle Abfassung der Grundstückserwerbsgeschäfte begründen? Wir sehen, das geht nicht an! Allein aus dem Umstande, dass bei zweiseitigen Verträgen eine doppelseitige Verpflichtung entsteht, die formelle Abfassung der in Frage stehenden Verträge zu verlangen, ist eine Willkür.

Renoldi[14]) behauptet, dass in der Praxis bis zu der erwähnten R.G. Entscheidung die Ansicht vertreten gewesen sei, dass ein derartiger Erwerbsvertrag der Form des § 313 unterliege. Demgegenüber ist festzustellen, dass eine Entscheidung der Praxis in dieser Richtung bis dahin überhaupt noch nicht bekannt gewesen ist. Bei ihm ist auch der Wunsch der Vater des Gedankens. Der Verfasser erörtert in breiter Ausführung die zitierte R. G. Entscheidung, ohne eine eingehende Begründung seiner Annahme zu geben, dass auch der Grundstückserwerbsvertrag der Form des § 313 unterstehe. Erst zum Schluss (S. 44) versucht er eine schwache Begründung damit, dass der Erwerber eines Grundstücks ebenso sehr des Schutzes bedürfe als der Veräusserer. Renoldi beruft sich auf Hamm (Z. Bl. F.G. Bd. 7. S. 299). Dieser ist jedoch vor dem Erkenntnis des Reichsgerichts zurückgewichen und hat, eben weil er die Formvorschrift auch für derartige Verträge für nützlich hielt, einen Abänderungsvorschlag zum § 313 eingebracht, der forderte, in § 313 Satz 1. hinter „zu übertragen" die Worte „oder zu erwerben" einzuschieben. Wir geben zu, dass Gründe, die zur Schaffung des § 313 beitrugen, auch bei den Erwerbsgeschäften vorliegen. Aber dennoch nicht in gleichen Masse! So fällt z.B. der Grund, durch den For-

[14]) Renoldi, der obligatorische V. bei der Veräusserung und d. Erwerbe von Grundstücken, Diss. Leipzig 1907.

malismus die Sesshaftigkeit der Bevölkerung zu fördern, ganz fort. Sodann scheint uns die Gefahr der Ausbeutung des veräussernden Grundstückseigentümers wesentlich grösser zu sein, als des sich zum Erwerbe eines Grundstücks Verpflichtenden, da z. B. der Bauer viel eher zur Veräusserung als zum Neuerwerb eines Grundstücks für gutes Geld zu bewegen ist. Zudem muss man berücksichtigen, dass derartige Eigentumserwerbsverträge im Verhältnis zu den Eigentumsveräusserungsverträgen verschwindend wenige sind und sich schon aus diesem Grunde eine gewissermassen einseitige Bevorzugung der Grundstücksveräusserer durch eine gesetzliche Schutzvorschrift erklären lässt. Aus diesem Grunde ist auch der Einwurf Hamms (Z. Bl. F. G.), dass eine derartige Vorschrift, die nur für die Verpflichtung zur Uebertragung des Eigentums an Grundstücken gelte, nur halben Wert habe, nicht gerechtfertigt.

So müssen wir auch den Ausführungen von Danz (Iherings Jahrb. Bd. 54, 1 ff.) entgegentreten, der im Wege der Analogie zu einer Anwendung der Formvorschrift auf die Erwerbsgeschäfte kommt, weil der Grundstückserwerber eben so sehr vor Uebereilung geschützt werden müsse als der Veräusserer (S. 55). Abgesehen davon, dass es sich bei der Schaffung der Formvorschrift nicht lediglich um den Schutz des Grundbesitzers handelte, halten wir eine derartig extensive Auslegung im Wege der Analogie für zu weitgehend, selbst wenn „das Volksbewusstsein und die Auffassung der Allgemeinheit" (S. 47) hier eine Schutzvorschrift für erforderlich hält. Wir halten dieser weiten Auslegungsregel den anerkannten Grundsatz entgegen, dass bei solchen Ausnahmevorschriften eher eine restriktive denn eine extensive Auslegung geboten ist. Gerade der § 313 charakterisiert sich besonders als Ausnahme von der im B.G.B. als Prin-

zip aufgestellten Formfreiheit[15]). Im B.G.B. ist dieses Prinzip der Formfreiheit der Rechtsgeschäfte nicht besonders ausgesprochen; dieses folgt aber argumento e contrario aus § 125, wonach alle Rechtsgeschäfte, welche der durch Gesetz vorgeschriebenen Form ermangeln, nichtig sind; „wo diese Gebundenheit an eine gesetzlich vorgeschriebene Form nicht vorliegt, herrscht Formfreiheit". (Matthiass, S. 103). Sind wir nun schon der Ansicht, dass die Ausdehnung der Formvorschrift innerhalb des Grundstücksveräusserungsvertrages bezüglich Objekt und Inhalt des Vertrages so weit als möglich zu erfolgen hat, wie wir späterhin sehen werden, so verwerfen wir die Anwendung des Rechtssatzes als ius singulare auf ein völlig anderes Rechtsgeschäft. So heisst es auch in R.G. Bd. 53. S. 268 ff. wörtlich: . . „es könnte nur eine entsprechende Anwendung der Formvorschrift in Frage kommen; eine solche ist aber ausgeschlossen, weil § 313 S. 1. eine Ausnahmebestimmung ist".

Abschliessend sei hier noch des Versuchs von Brettner gedacht, der den § 313 in die Worte umdeuten will: Ein Vertrag, der das Eigentum an einem Grundstücke zum Gegenstande hat" . . . . (R. oo. Ziff. 8319). Hier kann von einem Auslegen des § 313 gar nicht mehr die Rede sein. Wie Brettner seine „Auslegung für „ungezwungen und statthaft" halten kann, ist uns unerklärlich; dass sie es nicht ist, geht schon aus dem Umstande hervor, dass diese Interpretierung des § 313, trotzdem sie schon so frühzeitig erfolgt ist, in der Literatur mit Stillschweigen übergangen ist. Hiernach fielen auch die Verpflichtungsverträge zum Erwerbe eines

[15]) vergl. R.G. Bd 53, S. 270; Örtmann S. 137 und 139 Obernek S. 384; ferner R. G. 50 S. 77 und R.G. in Seuff. Arch 59, S. 326; Motive Bd. I S. 178 181. wo § 313 als Beispiel einer Ausnahmebestimmung angeführt wird; Prot. S. 184; Denkschrift S. 24.

Grundstücks unter den § 313, da sie „das Eigentum an einem Grundstücke zum Gegenstande haben".

Wir sind somit zu dem Resultate gelangt, dass die Anwendung des § 313 auf Verträge, die nur eine Verpflichtung zum Erwerbe eines Grundstücks begründen, unstatthaft ist.

2.) Wir kommen jetzt zu der mehr theoretisch als praktisch interessanten Frage, ob auch ein Vertrag, der die Verpflichtung enthält, das Eigentum, an einem Grundstücke aufzugeben, beurkundet werden muss. Schon Tochtermann (S. 8) weist die Annahme Plancks, hier müsse eine analoge Anwendung des § 313 stattfinden, zurück, weil der § 313 keine analoge Anwendung vertrage; dieser Ansicht schliessen wir uns gemäss unseren kurz vorher erfolgten Ausführungen an. Aber selbst wenn man sich mit Planck und Danz auf den Standpunkt stellen will, dass auch bei dieser Ausnahmebestimmung eine Analogie am Platze ist, fehlen im gegebenen Falle die Voraussetzungen, die zu einer analogen Anwendung führen könnten; denn eine Uebereilung des Eigentümers bei der Entäusserung seines Grundstückes ist nicht zu befürchten, sodann entfällt auch völlig die Sorge des Staates, die Festigung des Grundbesitzers zu fördern, da er ja gemäss § 928 B.G.B. ein primäres Aneignungsrecht an dem derelinquierten Grundstück hat, und er so in die Lage versetzt wird, über das Grundstück nach seinen Wünschen zu verfügen.

Zudem ist ein Fall des Verzichtsvertrages im Sinne des § 928 B.G.B. sehr schwer zu konstruieeren, und meistens wird es sich gar nicht um einen solchen handeln. So ist z.B. der Vertrag, in welchem ich zu Gunsten einer dritten Person auf mein Grundstückseigentum „ver-

[16]) ebenso ausser den im Text angeführten R. G. Entsch., K. G. in Rspr. O.L.S. Bd. 16 S. 362; Neubecker in Bayr. Rechtspfl. Ztg. 1906 S. 431 ff.

zichte", in Wirklichkeit ein Versprechen zur Grundstücks-übereignung, sodass ich dem Dritten gegenüber gebunden bin; dieser Vertrag ist natürlich formbedürftig. Verzichte ich schlechthin auf mein Grundstückseigentum, so ist nur der Fiskus des Bundesstaates, in dessen Gebiet das Grundstück liegt, zur Aneignung berechtigt. Aber auch der „Verzichts"-Vertrag mit dem okkupationsberechtigten Fiskus ist richtiger Ansicht nach ein Eigentumsübertragungsvertrag. Nur dann, wenn jemand sich einem Dritten, nicht dem Fiskus gegenüber verpflichtet, das Eigentum aufzugeben, ohne jemanden zu benennen, zu dessen Gunsten er verzichtet, haben wir es mit einem wirklichen Verzichtsvertrage nach § 928 B.G.B. zu tun, und dieser ist formlos giltig. Hier liegt keine Verpflichtung zur Uebertragung des Eigentums vor; denn der Begriff des „Uebertragens" setzt voraus, dass der Grundstückseigentümer den Willen hat, dass das Eigentum auf den Fiskus übergehen soll. Hierauf kommt es aber beim § 928 gar nicht an! Mag der Eigentümer 100 mal wollen, dass das Eigentum nicht auf den Fiskus übergehen soll, so ändert das nichts an der Sache. Der Wille des Eigentümers spielt gar keine Rolle, sondern das gesetzliche Aeignungsrecht bildet das Hauptmoment, hier kann man also auch nicht implicite von einer Eigentumsübertragung sprechen.[17])

3.) Wir haben zum Schlusse dieses Abschnittes noch Stellung zu nehmen zu der Frage, ob die Formvorschrift auch auf das Erbbaurecht Anwendung findet. Gerade in jüngster Zeit tritt dieses alte Rechtsinstitut wieder mehr in den Vordergrund. Besonders sind es die Bodenreformer, die das Erbbaurecht für ihre Zwecke nutzbar zu machen suchen, indem sie dadurch einen „Missbrauch mit dem

[17]) ebenso Kuhlenbeck B.G.B. zu § 313, Örtmann a. a. O. Staudinger Bd. II a S. 135; Oberneck S. 385 u. a.

Grund und Boden, dieser Grundlage aller nationalen Existenz" hintanhalten und verhüten wollen, dass eine Wertsteigerung, die der Grund und Boden ohne die Arbeit des Einzelnen erlangt, möglichst dem Volksganzen oder den kleineren Verbänden zu Gute kommt (s. Erman, Erbbaurecht und Kleinwohnungsbau). So kann man die Beobachtung machen, dass gerade die städtischen Kommunen jetzt ihren Grundbesitz nicht mehr veräussern, sondern nur ein Erbbaurecht bezw. Erbpachrecht an demselben übertragen. Weil das Wesen des Erbbaurechts dem des vornehmsten dinglichen Rechtes an Grundstücken, des Eigentumsrechtes, gleichkommt, ist bestimmt worden, dass die auf Grundstücke sich beziehenden Vorschriften auf dasselbe Anwendung finden sollen (§ 1017 Abs. 1. B.G.B.). Hiernach ist zweifelsohne anzunehmen, dass auch zur Uebertragung des Erbbaurechts die Formvorschrift des § 313 erforderlich ist; denn § 1017 Abs. 1. enthält gemeinhin die Bestimmung, dass „die auf Grundstücke sich beziehenden Vorschriften" auf dasselbe angewandt werden sollen; eine solche enthält der § 313! Es liegt kein Grund vor, anzunehmen, dass es sich hier nur um sachenrechtliche Vorschriften handelt. Da nach § 1015 die dingliche Uebertragung bezw. Begründung des Erbbaurechts den Vorschriften über den Erwerb und die Uebertragung des Eigentums an Grundstücken unterliegt, ist es auch zu natürlich und dem Willen des Gesetzgebers entsprechend, dass auch ein obligatorischer Vertrag, der die Verpflichtung zur Uebertragung eines derartigen Rechts enthält, ebenso behandelt wird, wie die obligatorischen Grundstücksveräusserungsverträge. Der Uebertragung ist selbstverständlich die Neubegründung eines Erbbaurechts gleichzustellen; denn besteht ein Bedürfnis, die Uebertragung eines Rechts erschwerter Form zu unterstellen, so ist dieses erst recht anzunehmen bei

der Begründung desselben, durch welche ja überhaupt erst eine Uebertragung ermöglicht wird, da dieselben Nachteile die durch eine eventuelle formlose Uebertragung des Rechts hervorgerufen werden können, ebensogut bei der Begründung entstehen können.[18]) So sagt auch Oertmann (a.a.O. S. 137), dass das Erbbaurecht demselben Schicksale unterworfen werden solle, wie das Eigentum; diese Gleichstellung würde aber verloren gehen, wenn eine Verpflichtung zur Belastung desselben formlos gestattet sein würde. — Wichtig ist noch, dass § 313 auch auf das Erbpachtrecht (s. oben) Anwendung findet. Art. 63 E.G. B.G.B. bestimmt nämlich, dass § 1017 auch auf das Erbpachtrecht ausgedehnt werden soll. Endlich kann nach Art. 196 dess. Ges. bestimmt werden, dass auf ein an einem Grundstück bestehendes vererbliches und übertragbares Nutzungsrecht die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften Anwendung finden, was bedingt, dass auch der obligatorische Vertrag, der die Verpflichtung zur Uebertragung bezw. Begründung eines derartigen Rechtes enthält, formell nach § 313 abgefasst werden muss.

Es handelt sich nun in der Folge nicht so sehr darum, festzustellen, welche Verträge der Formvorschrift des § 313 unterliegen; hierüber bestehen in der Literatur im allgemeinen wenig Zweifel, abgesehen von den zuletzt behandelten Streitfragen. So hat z.B. Tochtermann in einer in wissenschaftlichen Werken anerkannten und häufig zitierten Abhandlung eine genaue Aufstellung der Verträge gemacht, welche hierher gehören. In der Hauptsache ist streitig, inwieweit die Verträge,

[18]) s. Prot. Bd. I S. 464; R.G. Bd. 61, S. 1 ff; Turnau-F.S. 328; Schollmeyer. S. 166; Neumann, B.G.B. S. 161; Dernburg II 1 S. 131; Eck-Leonhard, Vorträge I S. 296 u. a. A. M. Goldmann-Lil. I. S. 363.

d.h. weelche einzelnen Vertragsteile der Formvorschrift unterliegen. Auf die Untersuchung dieser Frage wird das Hauptgewicht zu legen sein. Hier haben wir uns in besonderem Masse an die Rechtsprechung zu halten, die ja neben der Wissenschaft besonders dazu berufen ist, die Gesetzesvorschriften zu erkunden und auszulegen. Gerade die über den § 313 ergangenen Entscheidungen der höheren und höchsten Gerichte in der angegebenen Richtung sind sehr zahlreich, wie uns ein Blick in die systematischen Zusammenstellungen der über die einzelnen Paragraphen des B.G.B. erschienenen Literatur und ergangenen Entscheidungen belehrt.

§ 4. Der Kaufvertrag.

1.) Von den Verträgen, welche die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung an Grundstücken bezwecken, steht oben an der Kauf, welcher den Umsatz veräusserlicher Güter, hier der Grundstücke gegen Geld bezweckt (Dernburg B.R. Bd. II. 2.). Gemäss Abs. 1. des § 433 B,G,B, verpflichtet sich der Verkäufer einer Sache, diese dem Käufer zu übergeben und das Eigentum an derselben zu verschaffen. Bei dem Abschlusse des Kaufvertrages über ein Grundstück ist also die Form des § 313 erforderlich (vgl. Tochtermann S. 15. ff.). Da der Kaufvertrag den Hauptanwendungsfall für den § 313 bildet, so ist er gewissermassen vorbildlich für alle anderen Verträge, durch welche die Verpflichtung übernommen wird, Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen; daher soll der Grundstücksveräusserungsvertrag in allen seinen Teilen eingehend erörtert werden, sodass bei den übrigen Vertragsarten in manchen Punkten ein Hinweis auf die Grundsätze des Kaufvertrages genügt.

Für den Grundstückskauf kommen die allgemeinen Vorschriften über den Kauf zur Anwendung. Damit nun

überhaupt ein gültiger Kaufvertrag vorliegt, müssen zunächst die essentialia negotii in der Urkunde vorhanden sein, d.h. die Urkunde muss vollständig sein[19]). Zunächst müssen in dem Vertrage die Parteien genannt sein; denn wenn aus der Urkunde nicht hervorgeht, wer der Veräusserer ist, so kann auch nicht von einer Verpflichtung zur Eigentumsübertragung die Rede sein, wie umgekehrt eine Uebertragung des Eigentums unmöglich ist, wenn nicht die Person, an welche übertragen werden soll, aus dem Vertrage hervorgeht. Letztere braucht nicht immer namentlich angeführt zu sein, es genügt, wenn die Möglichkeit vorhanden ist, — z.B. bei einem Vertrage zu Gunsten Dritter — durch Interpretation des Urkundeninhalts festzustellen, welche Person gemeint ist.

So muss vor allem auch aus dem Vertrage hervorgehen, welches Grundstück veräussert werden soll, also auch die Bezeichnung des Grundstücks muss in dem formel abgefassten Teil des Vertrages enthalten sein. Es fragt sich, in welcher Weise die Bezeichnung des Grundstücks zu geschehen hat, welchen Einfluss eine unrichtige Bezeichnung auf die Gültigkeit des Kaufvertrages hat. Eine grundbuchmässige Bezeichnung etwa nach laufender Nummer der Eintragung, Flur, Grösse, Wirtschaftsart u.s.w ist keineswegs erforderlich, wie schon mehrfach entschieden worden ist (vgl. z.B. R. 06. S. 1193). Eine genügende Kennzeichnung ist schon vorhanden, wenn es heisst: Ich verkaufe meine Grundstücke . . . oder: Die im Grundbuch von Seefeld, Bd. 12. Bl. 101 aufgeführten Grundstücke.

Wie steht es aber, wenn in der formellen Kaufvertragsurkunde eine falsche Bezeichnung des Grundstücks enthalten ist, die auf einem Verschreiben, Versehen oder einem Irrtum beruht, oder die gar durch

[19]) Schollmeyer S. 166; Dernburg, Privatr. I. § 140.

einen Irrtum der Parteien hervorgerufen ist? Es handelt sich hier um die sog. falsa demonstratio, die uns in das Gebiet der Auslegung der Rechtsgeschäfte führt. Ich verweise hier auf den Aufsatz von Zeiler: „Die falsa demonstratio bei formbedürftigen Rechtsgeschäften". (Gruchots Beitr. Bd. 52, 224). Zeiler weist hier an der Hand von Entscheidungen höherer und höchster Gerichte nach, dass der Standpunkt der Praxis in der Beurteilung der falsa demonstratio keineswegs eine konstante gewesen ist, sondern direkt einander widersprechende Entscheidungen von ihnen erlassen worden sind; erst das Reichsgericht in seinen Entscheidungen seit Bestehens des B.G.B. hat eine stetige Rechtsprechung in der Weise geübt, dass es sich auf den Standpunkt gestellt hat, die Auslegung auch des formellen Grundstückveräusserungsvertrages in möglichst weitem Umfange zuzulassen[20]). Allgemein anerkannt ist der schon dem gemeinen und preussischen Rechte bekannte Grundsatz[21]): falsa demonstratio non nocet. Man könnte versucht sein, anzunehmen, dass die Bezeichnung des Grundstücks als wesentlicher Bestandteil richtig in der formellen Weise beurkundet sein müsse, da gemäss § 125 B.G.B. Rechtsgeschäfte, die der vorgeschriebenen Form entbehren, nichtig sind; doch ist dieses nach dem oben angeführten Grundsatze nicht der Fall; es fragt sich nur, inwieweit der Richter den unklaren Willen der Parteien auslegen darf. Hier hat man nun angenommen (Zeiler S. 226), dass sich entweder in der Urkunde selbst wenigstens Anhaltspunkte dafür finden müssten, was die Parteien gewollt haben, oder dass das Gesagte wenigstens möglicher Weise in dem Sinne, wie jetzt behauptet wird,

[20]) s. J. W. 05 S. 38 u. Seuff. Arch. Bd. 60, 430.

[21]) vergl, Dig. 18 1 l. 32, 1; 32, Dig. 45, 1; ferner § 151 A.L.R. I. 4.; Gruch Beitr. Bd. 41 S. 641; Danz a. a. O. S. 130; Planck, (zu § 313) u. a.

aufgefasst werden könne, oder dass endlich von einer falsa demonstratio nur dann gesprochen werden könne, wenn die unrichtige Angabe nicht absichtlich geschehen sei, sondern auf Irrtum beruhe. Wir können uns auf Erörterungen in dieser Richtung nicht weiter einlassen, sondern stellen nur fest, dass das Reichsgericht wiederholt entschieden hat, dass eine falsche Bezeichnung des Grundstücks in der Vertragsurkunde unschädlich ist, wenn nur der Vertragswille der Parteien irgendwie festgestellt werden kann.[22]) Es können sogar unter Umständen Grundstücke oder Grundstückteile, die in dem Vertrage überhaupt keine, also nicht einmal eine falsche Bezeichnung erhalten haben, mitverkauft sein; es muss sich jedoch feststellen lassen, dass sich der Wille der Parteien zur Zeit des Vertragsabschlusses auf die in Frage stehenden Grundstücke miterstreckt hat (R. 07. Ziff. 992). So ist z.B. anzunehmen, dass Nebenparzellen eines Grundstücks, die ohne das Hauptgrundstück keinen wirtschaftlichen Wert haben, durch den beurkundeten Vertrag über das Hauptgrundstück mitverkauft sind; es ist eben zu unterstellen, dass die betreffenden Parzellen wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit und Zugehörigkeit zur Hauptsache nicht besonders angeführt sind, der Wille der Parteien aber mangels anderweitiger Verlautbarung dahin ging, dass dieselben in das Kaufgeschäft eingeschlossen sein sollten (Rechtspr. OL.. G.Bd. 6. S. 228). Es können daher zur Auslegung des Willens der Parteien auch Momente herangezogen werden, die ausserhalb der Vertragsurkunde liegen, wie z.B. mündliche Vorverhandlungen.[23])

---

[22]) vergl. R.G. J.W. 04, S. 48; Z.-Bl. F.G. Bd. 5 S. 181 Zeitschr. d. deutsch. Not.-V. Bd. 4, S. 432;

[23]) ebendort, ferner Seufferts Arch. Bd. 61 S. 267; R. 06 S. 179; Matthiass a. a. O.

Auch der Kaufpreis ist ein wesentlicher Bestandteil des formellen Vertraginstrumentes, wie aus der Definition des Kaufes im § 433 hervorgeht(s. R.G. in J. W. 04. S. 55); denn das Formerfordernis des § 313 S. 1. erstreckt sich nicht nur auf die Verpflichtung des Verkäufers, das Eigentum an dem Grundstücke zu übertragen, also auf den einzelnen auf Eigentumsübertragung gerichteten Bestandteil des Vertrages, sondern auf den Vertrag schlechthin, d.h. auf alle Vereinbarungen, aus welchen nach dem Willen der Parteien der obligatorische Veräusserungsvertrag zusammengesetzt sein soll[24]). Die Annahme, dass nur der auf Eigentumsübertragung gerichtete Bestandteil des Vertrages der gesteigerten Form unterliegt, scheint uns eine willkürliche zu sein, da das Gesetz hierzu gar keine Handhabe bietet; dazu hätte es einer ausdrücklichen Bestimmung bedurft. Zudem scheint uns eine derartige Annahme höchst unpraktisch zu sein und dem Zwecke des Gesetzes zu widersprechen; denn würde man ausser den direkt auf Grundstücksübertragung gerichteten Parteivereinbarungen, alle übrigen Vertragsbestimmungen für formfrei erklären, so würde ein solcher Wirrwarr entstehen, dass es nachher schwer halten würde den wirklichen Willen der Parteien zu erforschen, und die eine Zweckbestimmung des § 313, durch das Mitwirken juristisch gebildeter Personen beim Vertragsabschlusse eine präzise Verlautbarung des Parteiwillens zu erzielen, würde vereitelt werden.

Aus dem Wesen des Kaufvertrages folgt, dass der Preis in Geld festgesetzt sein muss, was im I. Entw. noch besonders ausgesprochen war.[25]) Am einfachsten gestaltet sich die Sache, wenn es heisst: Käufer hat . . . .

---

[24]) R.G. Bd. 51 Nr. 43; J.W. 02. Beil. S. 247; Rspr. O.L.G. Bd. 4 S. 207, Bd. 6 S 40; Motive I S. 183.

[25]) Prot. II, Bd. 2 S. 56; Planck (1908) II. S. 330.

Mark zu zahlen; aber das lässt sich nicht immer durchführen. Die wirtschaftlichen Verhältnisse stehen dem oft entgegen; vielleicht soll der Kaufpreis erst von einem später eintretenden Ereignis abhängig gemacht werden, oder die Parteien wollen die Höhe durch Taxatoren festsetzen lassen u.s.f. Es ist aber auch gar nicht nötig, dass der Kaufpreis ziffermässig angegeben wird, sondern es genügt, wenn er sich auf Grund der im Vertrage gemachten Aufzeichnungen mit Hülfe der Auslegungsvorschriften in den §§ 133 und 157 B.G.B. feststellen lässt. So ist z.B. der Kaufpreis hinreichend bestimmt, wenn es in dem Vertrage heisst: „es soll der ortsübliche Preis für die Quadratroute bezahlt werden". Auch schadet es nichts, wenn der Kaufpreis im Vertrage nicht richtig angegeben ist; hier gilt dasselbe wie bei der unrichtigen Bezeichnung eines Grundstücks; Erfordernis ist nur, dass überhaupt eine Vereinbarung getroffen wurde, auf Grund deren der Preis objektiv bestimmbar ist.[26]) Die Annahme von Danz (a.a. O.S. 55), dass eine Preisvereinbarung in dem formellen Vertrage nicht getroffen zu sein brauche, mit der Begründung, dass § 313 auch bei unentgeltlichen Verträgen zur Anwendung kommt und gar nicht davon abhängt, ob überhaupt ein Preis gezahlt wird oder nicht, scheint uns nicht richtig zu sein. Demgegenüber weisen wir darauf hin, dass § 313 auf den ganzen Vertrag Anwendung findet; aber auch die Preisbestimmung ist ein Bestandteil des Kaufvertrages. Zudem legt Danz, in dem er von „diesem Zwecke" des § 313 spricht, der Formvorschrift einseitig die Zweckbestimmung zu Grunde, übereilten Grundstücksveräusserungen vorzubeugen, während doch § 313 auch den Zweck haben soll, eine vollständige und klare Wiedergabe des Parteiwillens zu garantieren.

[26]) ebenso Dernburg Bürgerl. Recht, (1906) II. 2 S. 14; dagegen musste nach römischem Rechte der Preis ein bestimmter sein: pretium certum esse debet.

So scheidet auch Oertmann (S. 137 ff.) streng zwischen Preisvereinbarung und Preisbestimmung, erstere unterliege dem Formzwange, letztere dagegen nicht. Auch der Ansicht Oertmanns ist beizupflichten, dass dieses gleichmässig der Fall ist, mag nun der Preis nach dem Vertrage als solchem bestimmbar oder die Bestimmung gemäss § 315 B.G.B. offen gelassen sein. „Es liegt kein Grund vor, bei der Grundstücksveräusserung die Preisvereinbarung als nicht genügend zu erachten, wenn sie durch einen Kontrahenten erfolgen soll. In diesem Falle ist ja der Kaufpreis bestimmbar, da nötigen Falles die Bestimmung nach billigem Ermessen zu erfolgen hat". Entspricht die getroffene Bestimmung nicht der Billigkeit, so hat eben gemäss Abs. 3. des § 315 die Bestimmung durch Urteil zu erfolgen. Ist die Bestimmung des Kaufpreises lediglich der Willkür des Verpflichteten überlassen, so ist der Vertrag wegen Mangels eines essentiale nichtig; denn dann liegt gar keine Preisvereinbarung vor. Unzulässig ist eine Vereinbarung über die Preisbestimmung dahin, dass dieselbe in einer späteren beiderseitig formlosen Vereinbarung erfolgen soll; es ist dann eine Willensbestimmung so, wie sie stattfinden soll, noch gar nicht erfolgt und der Vertrag ebenfalls mangels eines wesentlichen Bestandteils nichtig (s. Oertmann). Auch der Vertrag, in welchem nicht der wahre Kaufpreis beurkundet ist, ist nichtig. So kommt es z.B. häufiger vor, dass in einem Kaufvertrage der Kaufpreis absichtlich niedriger angesetzt wird, als die Parteien wirklich übereingekommen sind, um eine höhere Besteuerung zu umgehen. Dieser Vertrag ist mangels eines wesentlichen Bestandteils nichtig;[27]) die Angabe eines Scheinpreises genügt nicht. Dieses deckt sich mit der Ansicht, wonach eine falsa demonstratio

[27]) J. W. 1906 S. 548 und S. 161; R. 07, S. 881. 08, II, Ziff. 30 und 3559.

dann nicht vorliegt, wenn die unrichtige Angabe absichtlich erfolgt ist.

2.) Neben den wesentlichen Vertragsbestandteilen, „die das Rechtsgeschäft überhaupt erst zu einem Geschäfte dieser Art machten" (Matthiass S. 117) kann und wird auch meistens jeder Veräusserungsvertrag noch besondere Bestimmungen enthalten, die zwar auf den Charakter des Rechtsgeschäfts keinen Einfluss haben, die aber im einzelnen Falle für die Parteien von Wichtigkeit sind, ich meine die sog. Nebenabreden, die unwesentlichen Vertragsbestandteile. Nun darf man aus den Worten „Neben" und „unwesentlich" nicht etwa schliessen, dass diese Bestimmungen immer nur von ganz untergeordneter Bedeutung sein müssen; im Gegenteil, sie können für eine Partei von grösster Tragweite sein und oft gar der Antrieb zum Abschlusse des ganzen Vertrages gewesen sein. Die unwesentlichen Vertragsbestandteile müssen mitbeurkundet werden. Das B.G.B.' enthält zwar keine besonderen Bestimmungen darüber, inwieweit solche Nebenabrede der Beurkundung bedürfen (Dernburg I. S. 422); doch gemäss der von uns angeführten Entscheidung des Reichsgerichts in Bd. 51, wonach der Vertrag bezüglich seines gesamten Inhalts der Beurkundung unterliegt, müssen auch bei Nebenbestimmungen in der öffentlichen Urkunde enthalten sein. Eine Definition des Begriffs der Nebenbestimmungen ist im B.G.B. gleichfalls nicht enthalten. Das Reichsgericht hat in der erwähnten Entscheidung eine Erklärung der Nebenbestimmungen gegeben, welche nicht mitbeurkundet zu werden brauchen, indem es heisst (S. 180): „Sind in dem Vertrage noch andere Bestimmungen getroffen, welche mit dem Veräusserungsgeschäft nicht in innerem Zusammenhang stehen, welche also nicht die Eigentumsübertragung und die Gegenleistung des anderen Teils unmittelbar betref-

fen, so sind diese Vereinbarungen nicht Bestandteile des auf Uebertragung des Eigentums gerichteten Vertrages und stehen daher nicht unter der Regel des § 313 S. 1." Mithin müssen alle die Nebenbestimmungen, im formellen Vertrage enthalten sein, welche die Verpflichtung des Verkäufers zur Eigentumsübertragung oder die Gegenleistung des Käufers irgendwie betreffen.

Dogmatisch unterscheidet man die unwesentlichen Vertragsbestimmungen in naturalia negotii und accidentalia negotii. Die naturalia negotii sind diejenigen Vertragsbestandteile, die durch Gesetz den Hauptbestimmungen angegliedert werden;es wird eben vermutet, dass die Parteien diese gewollt haben: quodsi nihil convenit, tunc ea praestabantur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate (l. 11. § 1. D. 19, 1). Diese natürlichen Nebenbestimmungen brauchen selbstverständlich nicht in die Urkunde aufgenommen zu werden; sie gelten ohne weiters als mitbeurkundet. So braucht z.B. in dem formellen Vertrage nicht gesagt zu sein, dass der Verkäufer verpflichtet sei, die Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld, die auf dem Grundstücke lastet, zu beseitigen; hierzu ist er gemäss § 439 Abs. 3. ohne weiters verpflichtet. Ebenso ist die Bestimmung überflüssig, dass die Nutzungen eines Grundstücks z.B. die Mieterträge dem Käufer von seiner Eintragung als Eigentümer an gebühren sollen, obwohl die Uebergabe des Grundstücks noch nicht erfolgt ist (§ 446). Die Parteien können natürlich vereinbaren, dass diese naturalia negotii nicht gelten sollen; denn es handelt sich hier um dispositive Rechtssätze; diese Vereinbarung unterliegt dem Formzwange. Damit sind wir zu den accidentalia negotii gekommen, die lediglich zufällige und willkürliche Parteiverabredungen darstellen. Wohl jeder Grundstücksveräusserungsvertrag enthält eine Reihe derartiger Bestimmungen. Die Beantwor-

tung der Frage, ob auch diese accidentalia negotii dem Formzwange unterstellt sind, hält Oertmann (S. 140) für „schwierig und noch näherer Prüfung bedürftig". Doch ist die Frage durch die Entscheidung des Reichsgerichts, dass der ganze Vertrag der Form unterliegt, erledigt. Vor allem müssen die Parteien beim Vertragsabschlusse den Willen haben, dass bei Nebenberedungen in Bezug auf den Vertragsinhalt Geltung erlangen sollen; mündliche Vorbesprechungen, die lediglich den Zweck haben, zunächst einmal über den Umfang des Rechtsgeschäfts Klarheit zu verschaffen, bleiben vollständig ausser Betracht und haben auf die Gültigkeit des später etwa zustande gekommenen Vertrages gar keinen Einfluss. Alle die Nebenberedungen aber, die im Momente des Vertragsabschlusses nach dem Willen beider Parteien für den Vertragsinhalt bestimmend sein sollen, bedürfen notwendig der im § 313 vorgeschriebenen Form. Deshalb ist auch ein formgerecht abgeschlossener Vertrag nichtig, wenn ein mit ihm in untrennbarem Zusammenhange stehender zweiter Vertrag der Form entbehrt.

Die formlosen Nebenabreden sind nicht etwa durch die gesetzmässige Beurkundung des übrigen Vertragsinhaltes „gedeckt". (so Scherer, Allg. 7. B.G.B. S. 124), „sondern sie sind wegen Formmangels nichtig; dann liegt der Fall des § 154 vor, dass die Parteien sich nicht über alle Punkte geeinigt haben, über die erklärter Massen eine Vereinbarung getroffen werden sollte". (Eck-Leonh. I. S. 163).[28]) Die mündliche Einigung genügt nicht; daher „gilt der ganze Vertrag als nicht geschlossen (§ 125 in Verbindung mit § 154)". Ebenso ist die Sachlage, wenn die Parteien den Vertrag als abgeschlossen ansehen, obgleich sie sich über einen Punkt noch nicht geeinigt haben (§ 155 s. Eck.-L.)-. So bedürfen alle Zusicherungen

[28]) R.G. Bd. 51, 113; Bd. 57, 260.

von Eigenschaften des Grundstücks seitens des Veräusserers der formellen Form, mögen sie über die Grösse der Grundstücksfläche[29]), über den Ertragswert, z.B. bei einem Hausgrundstück über die Mieterträge[30]) oder über das Bestehen oder Nichtbestehen von Grunddienstbarkeiten[31]) gemacht sein, der Form, da durch sie die Verpflichtung zur Eigentümsübertragung bezüglich des Vertragsgegenstandes näher begrenzt wird. Auch die Verschärfung einer durch Rechtssatz bestimmten natürlichen Vertragsbestimmung gehört hierher, wenn z.B. die Gewährleistungspflicht des Käufers bezüglich der Beseitigung der Lasten zeitlich hinausgeschoben wird. (R. 07. S. 1462). Wiederum muss die Vereinbarung einer Vertragsstrafe, die Zeitbestimmung, wann die Uebergabe erfolgen soll, überhaupt jegliche Bedingung (R.G. J.W. 07 S. 134), welche an die Grundstücksübereignungspflicht geknüpft wird, beurkundet werden. Dieses gilt gleichmässig bezüglich der Nebenberedungen, welche die Gegenleistung betreffen. Hier sind besonders die Abmachungen über die Art und Weise der Belegung des Kaufpreises und über den Zahlungstermin zu nennen. So kommt es z.B. häufig vor, dass zwecks Bezahlung Hypothekenforderungen abgetreten werden; hier ist sogar erforderlich, dass die Hypotheken bezeichnet oder doch durch Interpretation des Vertragsinhaltes bestimmbar sind.[32]) Auch die Sicherstellung der Kaufpreisforderung durch Pfandbestellung (Hypothek) müsste in dem formellen Vertrage enthalten sein. Doch genug! Es geht nicht an, hier alle möglichen Nebenberedungen der Parteien anzuführen. Uebrigens brauchen die Nebenberedungen nicht zugleich bei der Wil-

[29]) R. G., Seuff. Arch. Bd. 58, N. 3; Eccius bei Gruch. Bd. 43 309; J.W. 06 S. 108 u. a.
[30]) Braunschw. Ztg. 04, S. 158.
[31]) Z.Bl. F.G. Bd. 4, S. 39.
[32]) J.W. 04, S. 55; R. 08, II, Ziff. 30; R. Bd. VII, S. 263.

lenseinigung über den Verkauf des Grundstücks getroffen worden zu sein, sondern sie sind auch dann noch erheblich, wenn sie nach der Einigung, aber vor der Beurkundung des Kaufvertrages vereinbart sind. (R. G. Bd. 54, S. 222).

Wir kommen zu dem Resultate, dass alle Nebenbestimmungen formell sein müssen, und nicht nur wie Oertmann (S. 140) will, insoweit sie sich auf die Eigentumsübertragungspflicht des Veräusserers erstrecken. Diese Annahme Oertmanns erscheint uns um so merkwürdiger als er selbst für die formelle Beurkundung der Gegenleistung ist. Wir vermögen nicht einzusehen, weshalb nur die Nebenabreden „soweit sie sich auf die Verpflichtung zur Uebereignung mitbeziehen, sie erläutern, erschweren oder einschränken" nicht aber insoweit sie die Gegenleistung näher bestimmen, der Form bedürfen. Oertmann führt für seine Ansicht keine Gründe an.

Dernburg (Bürg. R. Bd. II. 2. § 184) will den formlosen Nebenabreden deswegen Gültigkeit zuerkennen, weil Treu und Glauben ihre Berücksichtigung erfordern. Wir hatten schon früher Gelegenheit darauf hinzuweisen, dass Formvorschriften gegenüber die Berufung auf Treu und Glauben versagt, weil sonst dadurch alle Formvorschriften illusorisch gemacht würden.

Ist eine Nebenbestimmung nicht in den formellen Vertrag aufgenommen, so ist nach § 139 B.G.B. der ganze Vertrag nichtig, wenn anzunehmen ist, dass die Parteien ohne die nichtigen Nebenbestimmungen den Vertrag nicht geschlossen haben würden. Wird dagegen repliziert und nachgewiesen, dass die Parteien auch ohnehin den Vertrag eingegangen wären, so ist derselbe seinem ganzen Umfange nach gültig, und nur die formlosen Nebenbestimmungen sind gemäss § 125 nichtig. Aehnlich ist die

Rechtslage, wenn ein alternativ auf die Verpflichtung zur Veräusserung eines Grundstücks oder eines anderen Gegenstandes gerichteter Vertrag der vorgeschriebenen Form entbehrt. Die Verpflichtung zur Grundstücksübereignung ist nach § 125 nichtig. Ob auch die Verpflichtung zur Veräusserung des anderen Gegenstandes unverbindlich ist, entscheidet sich nach den in §§ 139, 265 niedergelegten Grundsätzen (R.G. J.W. 04, S. 405). Es ist nicht zu leugnen, dass oft eine grosse Härte darin liegt, wenn wegen formloser Nebenabreden der ganze Vertrag für nichtig erklärt wird. In Verfolg dessen ist auf dem 28 ten Juristentage (Bd. III. S. 22 und 34; ferner S. 66) ein Antrag dahin eingebracht worden, dass wie im A.L.R. (I. 5.) „formlose Nebenabreden (sowie Aenderungen) des Vertrages als nicht vereinbart gelten sollten"; der Antragsteller ist der Meinung (S. 34), dass die Anwendung des § 139 im gegebenen Falle „zu formalistisch" sei und glaubt nicht, dass diese Bestimmung für den Fall getroffen werden sollte, dass ein Rechtsgeschäft wegen Formmangels nichtig sei. Wir sehen nicht ein, weshalb zwischen Rechtsgeschäften, die aus materiellen und solchen, die aus formellen Gründen nichtig sind, ein Unterschied gemacht werden soll. Wird eben aus formellen Gründen ein Rechtsgeschäft für nichtig erklärt, so geschieht das nicht um der lieben Form willen, sondern der Gesetzgeber sucht dadurch den von ihm durch die Formvorschrift verfolgten Zweck zu erreichen, und die Erreichung dieses Zweckes durch die Bestimmung des § 139 halten wir für ebenso erspriesslich, als wenn durch dieselbe ein Rechtsgeschäft für nichtig erklärt werden soll, bezw. kann, bei dem Nebenabreden wegen „Betruges, Nötigung oder aus sonstigen materiellen Gründen" nichtig sind. Dann halten wir es für richtiger, nur die Essentialien des Rechtsgeschäfts der Form zu unterwerfen,

Die Verabredung formloser Nebenabreden mag dann der beweisen, der Rechte aus ihnen herleitet; denn, „wir müssen doch dahin kommen, dass wir dasjenige, was wirklich gewollt ist, gelten lassen" (S. 58 ebendort).

Wohl zu unterscheiden von den Nebenbestimmungen sind die Nebenleistungen. Zu dem Kaufpreise können, ohne dass dadurch das Wesen des Kaufgeschäfts verloren geht, Nebenverpflichtungen hinzutreten, insofern als sich z.B. der Käufer verpflichtet, neben dem Kaufpreise ein bestimmtes Mass Naturalien zu liefern. (Dernburg, II. 2. S. 14). Diese Vereinbarung von Nebenleistungen unterliegt stets dem Formzwange, da sie ja Bestandteil eines essentiale negotii sind. Dagegen bedürfen sonstige Vereinbarungen, die gleichzeitig mit dem Grundstücksveräusserungsgeschäfte getroffen werden, aber weder auf die Eigentumsübertragungspflicht, noch auch auf die Gegenleistung gerichtet sind, nicht der Form. Derartige Vereinbarungen sind z.B. die Verabredung, dass der Verkäufer zu einem bestimmten Preise das auf dem Grundstück vorhandene Inventar auf den Käufer überträgt, oder dass sich z.B. der Verkäufer verpflichtet, von jetzt an mit dem Käufer in Geschäftsbeziehungen zu treten. Vereinbarungen dieser Art sind nicht etwa als Nebenstimmungen des Grundstücksveräusserungsvertrages anzusprechen, da sie gar nicht Bestandteile des Hauptvertrages sind. Sehr anschaulich sagt Oertmann (S. 140), dass solche Vereinbarungen dann nicht formbedürftig seien, „wenn sie, vom Hauptvertrage abgesehen, auch als selbständige Verträge hätten getroffen werden können". In Wirklichkeit wird es sich hier auch um die Ineinanderschachtelung zweier oder mehrerer selbständiger Verträge handeln; so stellt z.B. die Veräusserung eines Handelsgeschäfts mit allen Aktiven und Passiven keine Universalsuccession dar,

sondern es liegt vielmehr eine Reihe von Einzelveräusserungen vor.[33]).

3.) Nachträgliche Vereinbarungen können entweder Zusätze zu dem Vertragsinhalt oder auch Abänderungen desselben in einzelnen Punkten zum Gegenstande haben; sie werden Bestandteile des Grundstücksveräusserungsvertrages. Dass sie erst nachträglich getroffen worden sind, ist unerheblich, denn nirgends ist durch Gesetz bestimmt, dass die Bestandteile formeller Verträge zeitlich einheitlich normiert sein müssen. Der Wille der Parteien geht bei solchen Vereinbarungen stets dahin, dass Zusätze als von vornherein mitvereinbart, Aenderungen der zuerst getroffenen Bestimmungen auch zeitlich als an ihrer Statt getroffen gelten sollen. Das Formerfordernis der Abänderung von Essentialien ist unbestreitbar, dass aber auch nachträgliche Vereinbarungen über Nebenbestimmungen bezw. Zusätze solcher ebenfalls wieder formell sein müssen, wird von einigen Seiten bestritten.[34]). So wird z.B. behauptet, dass eine Abänderung des Zahlungstermins, eines accidentale negotii, nicht der Form bedarf, doch ist sie als Bestandteil des Vertrages formbedürftig. (so ausdrücklich R.G. 51, S. 181). Demgemäss gerät der Käufer zu dem in dem formellen Vertrage bestimmten Zeitpunkt ohne weiters in Verzug, trotzdem durch formlose nachträgliche Vereinbarung ein späterer Zahlungstermin festgelegt worden ist. Der Einwurf, dass dieses nicht den im Verkehrsleben herrschenden Anschauungen entspricht (so auch Mugdan, Rechtspr. Bd. VI. S. 40), ist nach den Erörterungen a.a.O. hin-

[33]) Schollmeyer S. 165/166; Seuff. Arch. Bd. 47 Nr. 213; Dernburg I S. 304.

[34]) Goldmann Lil. I S. 364. Schollmeyer Anm. 1 zu § 313; Schleswig-Holsteinischer Anzeiger 1906. S. 213 ff. und 1907 S. 293 ff.

fällig. Die Entscheidungen des O.L.G. Kiel (in Schles. Holst. A.) können wir nicht als richtig anerkennen. Hier wird die Entscheidung des R.G. Bd. 51. S. 179 ff. zu engherzig interpretiert, indem gesagt wird, dass die Abänderung des Zahlungstermins nicht der Form unterstellt sei, weil eine derartige Vereinbarung mit dem Veräusserungsgeschäft nicht in innerem Zusammenhange stehe, also nicht die Gegenleistung des anderen Teils unmittelbar betreffe (Sch. H. A. 1906, S. 216). Die Festlegung eines Fälligkeitstermins hängt so innig mit dem ganzen Kaufvertrag zusammen, dass sich sogar der Gesetzgeber veranlasst gesehen hat, Normen darüber aufzustellen, für den Fall, dass die Parteien dieses unterlassen sollten (s. a. Laband, D.J.Z. 03. S. 69). Aber ganz abgesehen hiervon bedürfen derartige Vereinbarungen nicht nur dann der Form, wenn sie für die „konkrete Gestaltung des fraglichen Rechtsgeschäft wesentlich sind" (H.A. 1907 S. 293), sondern wenn sie nach dem Willen beider Parteien irgendwie bestimmend sein sollen.[35]). Wir verwerfen daher auch die Annahme (Hans. Ztg. 07 S. 135), dass Ergänzungen (bezw. Aenderungen) nur dann formbedürftig sind, wenn sie so wesentlich sind, „dass der auf Eigentumsübertragung gerichtete Wille davon abhängig sein soll." Wie soll nachträglich bestimmt werden, dass dieser Umstand vorhanden ist? Es könnte dann bei jeder formlosen Vereinbarung von seiten einer Partei geltend gemacht werden, sie sei so erheblich dass sie ohne dieselbe den Vertrag gar nicht einge-

[35]) siehe besonders Rspr. O.L.G. Bd. 6, S. 40: „alles, was die Kontrahenten zum Inhalt des Vertrages gemacht wissen wollen" und Arch. f. civ.Pr., Bd. 61 S. 268, wo speziell entschieden wird, dass die Bestimmung des Fälligkeitstermins formbedürftig ist (unter Berufung auf R.G. Bd. 52, S. 25.

gangen sein würde. Es würden hieraus heillose Verwirrungen und endlose Prozesse entspringen, und die im § 313 gegebene Vorschrift würde dadurch illusorisch gemacht. Die formlose Stundung einer fälligen Kaufpreisforderung würde dagegen Wirksamkeit haben; denn hier handelt es sich gar nicht mehr um eine Bestimmung zu dem Grundstücksveräusserungsvertrage. Es wird ein ganz neuer Vertrag abgeschlossen; es braucht in dem Stundungsvertrage nicht einmal auf den Veräusserungsvertrag Bezug genommen werden.

Es bedürfen somit alle nachträglichen Vereinbarungen der Form, „ebenso wie es einer solchen bedarf, wenn ein Vertrag, der auf etwas ganz anderes geht, in einen Grundstücksübereignungsvertrag umgewandelt werden soll".[36]) Es mag noch gesagt sein, dass auch dann die formelle Abfassung erforderlich ist, wenn der dingliche Vertrag bereits geschlossen, die Auflassung also schon erfolgt ist.

Die nachträglichen formwidrigen Vereinbarungen haben keinerlei rechtliche Wirkungen; insbesondere kann durch sie nicht etwa analog § 139 B.G.B. die Gültigkeit des Vertrages überhaupt in Frage gestellt werden. Das Veräusserungsgeschäft wird eben nur nach der Vertragsurkunde und den naturalia negotii beurteilt. — Ein Erlass der ganzen Verbindlichkeit oder eines Teiles derselben seitens einer Partei, z.B. des Kaufpreises, stellt sich nicht als ein Bestandteil des Hauptvertrages dar und unterliegt daher auch nicht denselben Bestimmungen, sondern er ist gleichfalls eine völlig neuer Vertrag und formlos gültig.

[36]) Kohler, Lehrb. d. b. R. (1906) Bd. II; vergl. ferner Rspr. O.L.G. Bd. 4, S. 207, 208; Bd. 6, S. 40, Bd. 12 S. 34 Seuff. Arch. Bd. 57 S. 390 und 61 S. 267; Braunschweiger Ztg. 06 S. 70 Örtmann S. 138; Matthiass I. S. 205, Eccius, in Gruch. Bd. 43, S. 309, Planck (1907) II. S. 126.

4.) Es erübrigt noch festzustellen, ob auch Vorverträge zu Grundstücksveräusserungsgeschäften formgemäss nach § 313 abgefasst sein müssen. Ein Vorvertrag liegt dann vor, wenn die Parteien sich vertraglich verpflichten, einen anderen Vertrag, den Hauptvertrag abzuschliessen (Matthiass S. 210.). Ueber das Wesen des Vorvertrages ist viel gestritten worden, und es existiert darüber eine grosse Literatur, doch ist hier nicht der Ort auf dieselbe einzugehen. Ueberhaupt braucht den Vorverträgen mit Rücksicht auf die Gryundstücksveräusserungsverträge nicht allzu grosser Wert beigelegt zu werden, da sie nur ganz vereinzelt vorkommen; sagen doch schon die Motive (S. 178), dass gerade wegen Mangels an zureichendem Bedürfnisse von einer allgemeinen Regelung des pactum de contrahendo abgesehen sei. Damit wird jedoch nicht die Existenz derartiger Verträge geleugnet. Es besteht nun kein Zweifel darüber, dass auch ein in Frage stehender Vorvertrag gerichtlich oder notariell beurkundet sein muss. Es handelt sich hier lediglich um eine Auslegungsfrage. Bei der Interpretierung ist aber besonderer Wert auf den Gesetzeszweck zu legen. (Danz a.a. O.) Hier möchten wir folgenden Satz aus einer Abhandlung Degenkolbs (Arch. f. civ. Pr. Bd. 71, S. 24 ff.) herausgreifen (S. 79): „. . . . Sinn und Zweck der dem Hauptvertrage gesetzten Formvorschrift kann die Uebertragung auf den Vorvertrag bedingen". Die ganze Formvorschrift des § 313 würde zunichte werden, wollte man formlosen Vorverträgen, die eine Verpflichtung zur Grundstücksübereignung enthalten, Rechtsgültigkeit zuerkennen, insofern man aus diesen Verträgen auf Erfüllung der Formverschrift, d.h. auf Abschluss eines Kaufvertrages und damit auf Leistung klagen könnte. Es steht sogar nichts entgegen die Klage auf Abschluss des Hauptvertrages mit der Klage auf Leistung zu verbinden. Niemals

aber kann auf Grund des Vorvertrages sogleich auf Leistung, d.h. auf Grundstücksübereignung geklagt werden. Es handelt sich hier um die sog. objektive Klagenbehäufung (§ 260 C.P.O.) und um die zulässige (Sydow-Buch, C.P.O. Anm. 2 zu § 260) Verbindung einer prinzipalen Klage mit einer eventuellen. Es gilt dann der Hauptvertrag als mit dem Urteile auf dessen Erfüllung geschlossen. Die im öffentlichen Interesse wurzelnden Zwecke des § 313 sowie der Umstand, dass die Bestimmungen des Vorvertrages sich gewissermassen schon als Bestandteile des Hauptvertrages darstellen, bedingen, dass formlose Vorverträge „hinfällig und rechtsunverbindlich sind."[37]).

Es war somit überflüssig im Rahmen dieser Arbeit zu erörtern, ob es einseitige und zweiseitige Vorverträge gibt; Gutbrod (S. 63) bestreitet mit Winscheid, dass es einseitige Verträge gibt. Nach ihnen ist die einseitige Gebundenheit einer Partei entweder ein bedingter Hauptvertrag unter der Bedingung si voluerit, oder eine auf längere Zeit hinaus bindende Offerte. Es kommt also praktisch auf dasselbe hinaus, da diese beiden Rechtsgeschäfte ohne weiters formbedürftig sind.

Der obligatorische Grundstücksveräusserungsvertrag als solcher ist nicht etwa ein Vorvertrag zu dem eigentlichen Leistungsgeschäft, dem nachfolgenden dinglichen Vertrage, sodass die für diesen bestehenden Formvorschriften auf den obligatorischen Vertrag anzuwenden seien. Durch den Vorvertrag zu einem Vertrage, der eine Verpflichtung zur Grundstücksübereignung begründen soll, werden die Parteien verbunden, den in Aussicht genommenen Vertrag abzuschliessen, der Inhalt beider Verträge

[37]) R.G. Bd. 53 S. 257; ferner Bd. 43, S. 139; R.G.J.W. 1901 S. 444; J.W. 03. S. 32 und 06 S. 194; Winscheid a. a. O.; Matthiass S. 106; Planck 1907) II S. 126; Staudinger (1906) II. S. 135; Örtmann S. 137 Oberneck S. 383; R. 03 S. 235; Rspr. O.L.G. Bd. 7S. 19u. a.

ist also identisch, während die obligatorische Verpflichtung zum Abschluss des dinglichen Vertrages ein von dem letzteren völlig unabhängiges Rechtsgeschäft darstellt.[38]).

Wir haben nun noch die in der Literatur kaum beachtete Frage zu beantworten, ob bei einem formell abgeschlossenen Vorvertrag auch noch der nachfolgende Hauptvertrag formgemäss abgefasst werden muss. Walsmann (Iherings Jahrb. Bd. 54, 299) verneint diese Frage. Nach unserer Ansicht mit Unrecht. Er sagt: „Zwar bedarf der ganze Vertrag der Form, aber nach dem Sinn des Gesetzes, soll doch, wie schon der Wortlaut des § 313 zeigt, im wesentlichen nur die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung getroffen werden. . . . . Der Zweck dieser Formvorschrift, die Uebernahme der Verpflichtung zur Eigentumsübertragung zu erschweren, ist ja bereits erfüllt", indem der Vorvertrag in der erschwerten Form abgeschlossen ist. Die einschränkende Ausdrucksweise Walsmanns: „Zwar bedarf der ganze Vertrag der Form" — lässt erkennen, dass auch ihm Zweifel aufgestiegen sind, ob es bei der vorliegenden Fassung des § 313 möglich ist, den Umfang der Vorschrift derartig einzuengen. Mit Walsmann muss man zu dem Resultate kommen, dass in jedem Grundstücksübereignungsvertrage nur die Pflicht zur Uebereignung beurkundet zu werden braucht, während alle übrigen Vertragsbestandteile formlos vereinbart werden könnten. Man muss bedenken, dass zunächst einmal, wenn ein Vorvertrag abgeschlossen wird, die Parteien meistens noch nicht alle Vertragsbestimmungen normiert haben, sondern, dass die Bestimmung derselben erst in dem nachfolgenden Hauptvertrage erfolgen soll. Schon aus diesem Grunde

[38]) Planck (1903) Bd. I Vorv. Nr. 6; sowie R.G. Bd. 48, S.133; J.W. 01, S. 382.

bedürfte letzterer der Form, da es sich ja um Bestandteile handelt, die auf die Grundstücksübereignung (resp. die Gegenleistung) hinzielen. Aber ganz abgesehen davon bedarf es auch ohnehin der Form; denn der Vorvertrag enthält noch gar nicht die Verpflichtung zur Grundstücksübereignung, sondern er erzeugt nur „das von den Parteien abgegebene und angenommene Versprechen, einen derartigen Vertrag eingehen zu wollen. In dieser Mitwirkung zum Abschlusse des in Aussicht genommenen Vertrages liegt die Leistung, auf welche die Parteien gegen einander klagen können". (Matthiass S. 210). Der Vorvertrag ist gewissermassen nur „ein vorausgenommener Bestandteil des Hauptvertrages"[39]) oder wie Stinzing (die Vorausverpflichtung im R.d. Schuldv.) sagt: Die Vorverpflichtung und die Hauptverpflichtung sind nur Stadien ein und desselben Schuldverhältnisses". Da also durch den Hauptvertrag erst eine Verpflichtung zur Grundstücksübereignung begründet wird, muss auch nach dem Worte des Gesetzes die Form auf ihn Anwendung finden. Die von Walsmann erhobenen Bedenken scheinen uns wirklich nicht so schwerwiegend zu sein. Er meint, dass durch die doppelte Beurkundung nur Kosten entstünden; „dieses ist praktisch wohl der beachtenswerteste Einwand". (S. 299). Hat die eine Partei einen triftigen Grund, sich die Anwartschaft auf das Grundstückseigentum schon vorher zu sichern, oder hat die andere Partei besonderes Interesse daran, die eigentliche Normierung des Vertrages zeitlich noch herauszuschieben, so sind jedenfalls die Kosten im Verhältnis zu den Interessen der Parteien nur gering, und die Vertragsgegner werden die Kosten nicht sonderlich scheuen. Sollten die Kosten den Parteien wirklich so beschwerlich sein, so könnten sie

[39]) Du Chesne in Blätter f. Rechtspfl. i. Bez. d. K. G. 1907 S. 49.

sich dieselben leicht dadurch ersparen, dass sie, da die Verpflichtung zur Grundstücksübereignung auf Grund des Vorvertrages nun doch einmal herbeigeführt werden kann, gemäss § 313 Abs. 2. die Auflassung und Eintragung in das Grundbuch beantragen.[40]).

§ 5. Die übrigen Verträge.

Nachdem wir den Grundstückskaufvertrag als Grundtyp „des Vertrages, durch den sich jemand verpflichtet das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen" in seiner Beziehung zu der im § 313 vorgeschriebenen Form erörtert und insbesondere festgestellt haben, inwieweit die Vertragsbestandteile gerichtlich oder notariell verbrieft sein müssen, brauchen wir auf die übrigen Vertragsarten nur insoweit einzugehen, als einmal Zweifel darüber bestehen, ob sie eine Verpflichtung zur Grundstücksübereignung enthalten, zum anderen Male, als ihnen besondere Eigentümlichkeiten anhaften, die zu besprechen uns bei dem Kaufvertrage keine Gelegenheit geboten wurde; denn im übrigen wiederholt sich bei allen Verträgen das bei dem Grundstückskaufe in Betracht Gezogene. So gilt z. B. der Grundsatz, dass die wesentlichen und die unwesentlichen Vertragsbestandteile, soweit sie nach dem Willen beider Parteien zum Vertragsinhalt gehören sollen, in dem formellen Vertragsinstrumente enthalten sein müssen, für alle Vertragstypen, ebenso wie die Ausführungen über die nachträglichen Vereinbarungen für alle Grundstücksübereignungsverträge Geltung haben, u.s.f. In der Reihenfolge der Behandlung der Verträge schliessen wir uns im allgemeinen der Systematik des B.G.B. an.

---

[40]) ebenfalls für Formzwang: F. Leonhard, Ihrings Jahrb, Bd. 39. S. 204 ff.

1.) Die besonderen Arten des Kaufs.
Auch der Kauf nach Probe (§ 494) und der Kauf auf Probe (§ 495) können eine Verpflichtung zur Grundstücksübereignung enthalten; doch wird ein Vertrag ersterer Art wohl nie vorkommen. Der Kauf auf Probe oder Besicht ist ein bedingter Kaufvertrag, bei dem zunächst nur der Verkäufer einseitig gebunden wird, während die Bindung des Käufers davon abhängig gemacht wird, ob ihm das Grundstück gefällt oder nicht. Schon früher wurde gesagt, dass einem solchen bedingten Grundstücksübereignungsvertrage nichts im Wege steht. Die Einräumung eines Wiederkaufrechtes muss ebenfalls formell beurkundet werden, schon deshalb weil sie einen Bestandteil des Hauptvertrages darstellt (vgl. § 497 B.G.B.). Aber auch die nachträgliche Vereinbarung eines Wiederkaufrechtes bedarf der Form; dieser Vertrag stellt sich als ein gewöhnlicher Grundstücksveräusserungsvertrag dar, abgeschlossen unter der Bedingung, dass der Wiederkaufsberechtigte will. Dagegen, bedarf umgekehrt der Vertrag, durch den sich der Verkäufer eines Grundstücks verpflichtet, dieses zurückzukaufen, ohne dass der Käufer eine Verpflichtung zur Rückübertragung übernimmt, keiner Form.

Schwieriger gestaltet sich die Beantwortung der Frage nach der Formbedürftigkeit des Vorkaufs (§ 504 B.G.B.). Schon Tochtermann (S. 15/16) sagt, dass die Formbedürftigkeit von dem rechtlichen Charakter des Vorkaufsrechtes abhänge und fährt fort, dass der Einwand, es handele sich um einen Vorvertrag oder um eine unwiderrufliche Verkaufsofferte, für die Entscheidung dieser Streitfrage nicht stichhaltig sei, da diese Vertragsarten ohnhin der Form bedürften. Ebenso verhalte es sich, wenn man in der Einräumung des Vorkaufsrechtes ein Einlösungsrecht erblicken wollte oder ein Recht auf Ein-

tritt in den künftig mit Dritten zu schliessenden Kaufvertrag. Die beiden letzten Annahmen weist das Reichsgericht als unhaltbar zurück, da „es vom Standpunkte des B.G.B. aus unmöglich sei, dass der Vorkaufsberechtigte in den Kauf mit dem Dritten „eintritt oder dass er bei diesem die Kaufsache „einlöst" (R.G. Bd. 67 S. 44). Mit dieser Auffassung sei jene Vorschrift in § 505 nicht vereinbar, wonach mit der Ausübung des Vorkaufsrechts ein Kauf zwischen dem Berechtigten und Verpflichteten zustande kommt. Von einem „Eintritte" oder einer „Einlösung" würde insbesondere dann nicht gesprochen werden können, falls die beiden Verträge unter verschiedenen Bedingungen abgeschlossen seien. Gegen die Annahme, es liege ein bedingter Vertrag vor, wird in der Literatur geltend gemacht, dass durch den Vorkaufsvertrag überhaupt noch keine Verpflichtung zur Uebereignung des Grundstücks begründet werde, da es dem Verpflichteten vollständig frei stehe, ob er überhaupt verkaufen wolle oder nicht. Ja, der Verpflichtete kann sogar das Grundstück auf einen anderen übertragen und so das Vorkaufsrecht des Berechtigten illusorisch machen, indem er das Grundstück verschenkt, vertauscht oder als Illat in eine Gesellschaft einbringt u.s.w.; denn nach § 504 kann der Berechtigte sein Vorkaufsrecht nur dann ausüben, wenn der Verpflichtete mit einem Dritten einen Verkaufsvertrag abschliesst, und selbst dann noch soll das Vorkaufsrecht seine Kraft verlieren, wenn der Verkauf mit Rücksicht auf sein künftiges Erbrecht an einen gesetzlichen Erben erfolgt, es sei denn, dass das Vorkaufsrecht ausdrücklich auf diesen Fall ausgedehnt worden ist (§ 511 B.G.B.).

Die herrschende Ansicht (s. besonders R.G. Bd. 59, S. 132), der wir uns anschliessen, geht jedoch dahin, dass es sich bei dem persönlichen Vorkaufsrechte um ein

bedingtes Kaufgeschäft handelt, einmal bedingt dadurch, dass der Verpflichtete über das fragliche Grundstück mit einem Dritten ein Kaufgeschäft abschliesst, zum anderen bedingt dadurch, dass der Berechtigte erklärt, sein Recht ausüben zu wollen. Zwar hat der V. Zivilsenat in R.G. Bd. 60. S. 225 ff. eine von dem Erkenntnis des III. Senates in Bd. 59, S. 132 ff. abweichende Entscheidung gefällt dahin, dass ein in Frage stehender Vertrag formlos giltig sei. Eine Entscheidung der vereinigten Zivilsenate wurde nicht für nötig gehalten, da die Entscheidung des III. Zivilsenates nicht auf die Anwendung des in Frage stehenden Rechtssatzes beruhe. In einem Urteile aus neuerer Zeit (vgl. Bd. 67. S. 42. ff.) hat jedoch derselbe V. Zivilsenat anerkannt, dass seine frühere Entscheidung rechtsirrtümlich sei, und sich unter ausführlicher Begründung in allen Teilen dem Erkenntnis des III. Senats angeschlossen, sodass sich nunmehr eine früher so sehr gewünschte Entscheidung der vereinigten Zivilsenate wohl erübrigt. Mag man über die juristische Konstruktion des Vorkaufsrechtes denken wie man will, so hört die Vereinbarung eines solchen doch nicht auf, ein Vertrag zu sein, durch welchen sich des Grundstückseigentümer rechtlich bindet, oder wie das Reichsgericht sagt (Bd. 67, S. 45/46), die Verpflichtung des Eigentümers zur Uebertragung des Grundstückseigentums beruht ausschliesslich auf dem Verkaufsvertrage; „eine andere Verpflichtung als diesen Vertrag ist der Eigentümer nicht eingegangen; er steht der Ausübung des Vorkaufsrechtes rechtsgeschäftlich fern. Für ihn ist deshalb nur der Vorkaufsvertrag derjenige Vertrag, durch den er sich für seinen Teil verpflichtet, das Eigentum an dem Grundstücke zu übertragen". Auf die Einräumung eines persönlichen Vorkaufrechtes findet also § 313 Anwendung,[41]) richtiger An-

[41]) ausser den angeführten R.G. Entscheidungen: Rspr. O.L.G

sicht nach aber auch auf die Einräumung eines dinglichen; denn hier handelt es sich ebenfalls um die bedingte Begründung der Eigentumsübertragungspflicht; dass dieselbe verdinglicht wird, tut nichts zur Sache. Einige wollen den Formzwang bei der Begründung eines dinglichen Vorkaufrechtes deswegen nicht gelten lassen, weil es nur eine Grundstücksbelastung sei, (so z.B. Oberneck, Grundbuchrecht 2. S. 551). Wir vermögen hierin mit Oertmann (S. 138) nichts Besonderes zu erkennen. „Jedenfalls ist das Vorkaufsrecht eine solche Belastung mittels deren im Gegensatz zu anderen Belastungen eine Eigentumsübertragung erzwungen werden kann, danach trifft § 313 nach seinem rechtspolitischen Grunde auf einen in Frage stehenden Vertrag unbedingt zu".

2.) Anschliessend hieran mag ein dem Kaufvertrage ähnliches Rechtsgeschäft erwähnt sein, das sogar im A. L.R. (vgl. I. 16. § 242) demselben gleichgestellt wurde: Die Hingabe an Erfüllungsstatt, oder wie das B.G.B. sagt: Annahme an Erfüllungsstatt, da das Hauptmerkmal dieser Rechtsgestaltung nicht darin liegt, dass der Schuldner etwas anderes „gibt", sondern darin, dass der Gläubiger etwas anderes „annimmt". Kommen nun Schuldner und Gläubiger überein, dass statt der wirklich geschuldeten Leistung — es braucht dieses keineswegs immer eine Geldschuld zu sein — das Eigentum an einem dem Schuldner gehörigen Grundstücke auf den Gläubiger übertragen werden soll, so bedarf diese Vereinbarung notwendig der Form des § 313. Das B.G.B. statuiert selbst einen derartigen Fall im § 1149 (vgl. Planck §

Bd. I S. 293 und II S. 73; Seuff. Arch. Bl. 56, S. 125; Bayr. Rechtspflege 06 S. 186; Braunschw. Ztg. 04 S. 54, Z.Bl. F.G. Bd. 4 S. 851; R. 05 S. 591 J.W. 08 Ziff. 2; D.J.Z. 08 S. 249 u. a. Literaturangaben s. R.G. Bd. 67 S. 48; ausserdem Örtmann S. 138: Matthiass I. S. 525; Tochtermann S. 17; Eck-Leonh. S. 467.

1149 No. 1 u. 2), wenn nämlich der schuldnerische Grundstückseigentümer seinem Hypothekengläubiger das Recht einräumt, zum Zwecke der Befriedigung die Uebertragung des Eigentums an dem Grundstück zu verlangen.

3.) Nach § 515 B.G.B. finden auf den Tausch die Vorschriften über den Kauf entsprechende Anwendung; somit gilt § 313 auch für dieses Rechtsgeschäft. Meistens wird die Sache derart liegen, dass zwei Grundstücke miteinander ausgetauscht werden, dass also beide Parteien sich verpflichten, Grundstückseigentum zu übertragen; doch ist es auch denkbar, dass nur eine Partei zur Uebertragung des Eigentums an einem Grundstücke sich verpflichtet, während die Gegenleistung in der Uebertragung einer beweglichen Sache bestehen soll. Verpflichtet sich eine Vertragspartei neben ihrem Grundstück eine Summe baren Geldes herauszugeben, so erstreckt sich der Formzwang nach den allgemeinen Grundsätzen über die Bestandteile des Kaufvertrages auch auf diese Tauschaufgabe; eine unrichtige Angabe derselben würde eventuell die Nichtigkeit des ganzen Vertrages in Gefolge haben. Dagegen würde eine unrichtige Angabe über den Wert der ausgetauschten Grundstücke die Formvorschrift des § 313 nicht verletzen, sofern bei den Parteien Einigkeit darüber besteht, dass der Wert der ausgetauschten Grundstücke sich ausgleicht;[42]) denn „die Angabe des Wertes der gegeneinander ausgetauschten Sachen gehört nicht zu den Essentialien des Tauschvertrages. Nicht der Wert der von der einen Seite gegebenen Sache, sondern die Sache selbst bietet das Aequivalent für die an den anderen Teil veräusserte Sache und tritt an die Stelle des Preises beim Kaufe". Daher ist in einem solchen Falle wohl zu unterscheiden, ob ein Tauschvertrag oder aber ein doppelseitiger Kaufvertrag vorliegt. Die Ent-

[42]) Bayr. Rechtsfl. Ztg. 08, S. 462; Seuff. Arch. Bd. 64, S. 58.

scheidung dieser Frage erfolgt lediglich nach den Grundsätzen über die Auslegung von Rechtsgeschäften, und kommt es (s. R.G. Bd. 57, S. 266) nicht auf die gebrauchte Redewendung an, sondern allein der objektive Inhalt des Vertrages ist entscheidend. Das Reichsgericht vertritt sogar den Standpunkt (Gruch. Bd. 42, S. 928), dass selbst dann wenn zwei Parteien über die Abtretung zweier Grundstücke je einen besonderen Kaufvertrag schliessen, in der Absicht, dass beide Verträge sich als Tausch derselben darstellen sollen, in Wirklichkeit ein einheitlicher Tauschvertrag vorliegt. — Bezüglich der nach Art. 113 E.G. B.G.B. landesgesetzlich zugelassenen Grundstückszusammenlegung bleiben für die Form die durch Landesgesetz erlassenen Vorschriften bestehen. Diese Rechtsgeschäfte stellen nach Spiess (s. Z. Bl. F.G. Bd. 3, S. 112) kein Tauschgeschäft dar, obschon hier unter den Beteiligten ein allgemeiner gegenseitiger Besitzwechsel stattfindet, „sondern sie sind ganz eigenartige Rechtsgeschäfte, nämlich eine Verlegung der mittels Rechtsfiktion für beweglich angesehenen Grundstücke".

4.) § 313 findet auf alle Grundstücksentäusserungsverträge Anwendung, ohne Unterschied, ob sie entgeltlich oder unentgeltlich sind, mithin bedarf auch der Schenkungsvertrag der Form. Hier ist eine strenge Form umsomehr angebracht, als gerade die Liberalität des Schenkers vor Uebereilung geschützt werden muss. Dieser Erkenntnis hat sich das Gesetz nicht verschlossen und daher nach § 518 jedes Schenkungsversprechen, mag es nun auf Mobilien, Immobilien oder auf Einräumung eines Rechtes gehen, dem Beurkundungszwange unterworfen. Bei der Schenkung eines Grundstücks bedarf auch die Annahme des Versprechens der Form (Tochtermann S. 19), da nach § 313 der ganze Vertrag formell sein muss. Das Verhältnis der beiden Vorschriften in § 313 Abs.

1 und § 518 Abs. 1 ist also derart, dass erstere die lex specialis zu der letzteren ist. Demnach kann der Fall eintreten, dass sich die Formvorschrift des § 518 gegenüber § 313 in Verbindung mit § 873 als die stärkere erweist; liegen nämlich bei einem Rechtsgeschäft zugleich die Voraussetzungen der §§ 313, 873 und diejenigen des § 518 vor, so kann nur gerichtlich oder notariell, nicht aber in der für die §§ 313, 873 zugelassenen erleichterten Form rechtswirksam beurkundet werden.

5.) Auch die Verträge, durch welche eine Vermögensgemeinschaft an einem Grundstücke begründet werden soll, bedürfen der Form. Bei der Gemeinschaft nach §§ 741 ff. B.G.B. dürften sich keine Schwierigkeiten ergeben, da § 313 stets dann Anwendung findet, „wenn sie durch einen obligatorischen Vertrag auf Uebereignung eines Grundstücks begründet werden soll" (Tochtermann S. 22. ff.) Bei den übrigen Verträgen des Gemeinschaftsrechts, wie sie sich im B.G.B. vorfinden, kommt unsere Formvorschrift um deswillen nicht in Betracht, weil bei denselben überhaupt keine vertragliche Verpflichtung zur Uebereignung von Grundstückseigentum begründet wird. So tritt bei den Verträgen über die ehelichen Gütergemeinschaften, abgesehen davon, „dass die Eheverträge ohnehin schon gerichtlich oder notariell beurkundet werden müssen", bezüglich des vorhandenen Vermögens, also auch der Grundstücke, Universalsuccession ein (vgl. § U1438 B.G.B.); auf Grund gesetzlicher Vorschrift tritt hier die Grundstücksübereignung ein, wie auch die späterhin von einem Ehegatten z.B. infolge Erbganges erworbenen Grundstücke in die Gemeinschaft fallen, ohne dass es noch einer formell vertraglichen Uebereignung bedürfte. Beim Gesellschaftsvertrage ist es nicht immer so einfach zu sagen, ob auch wirklich eine Verpflichtung zur Eigentumsübertragung vereinbart ist und demnach

der Vertrag formell abgefasst sein muss,; in den meisten Fällen wird es sich um eine handelsrechtliche Gesellschaft handeln, für die natürlich § 313 in gleichem Masse gilt. Meistens wird in einem Gesellschaftsvertrage die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung an Grundstücken in der Weise begründet, dass Grundstücke von den Gesellschaftern eingebracht werden. Hier steht die Anwendung des § 313 ausser Zweifel; es tut gar nichts zur Sache, dass der sich zur Einbringung Verpflichtende das einzubringende Grundstück noch gar nicht mal in seinem Eigentum hat, sondern es selbst erst erwerben und dann auf die Gesellschaft übertragen will (R.G. R. 07. S. 1529). Die s. Zt. von Tochtermann (S. 23) dahin entschiedene Frage, dass in dem Falle, wo sämtliche Miteigentümer eines Grundstücks sich zu einer Gesellschaft vereinigen und sich verpflichten, das fragliche Grundstück einzubringen, die Form des § 313 erforderlich sei, hat in der Literatur allgemeine Anerkennung gefunden (vgl. z. B. Oertmann S. 139 und Fuchs, Materielles Grundbuchrecht 1902, Bd. 1. S. 211), indem die Miteigentümer sich jeder zur Uebereignung ihrer ideelen Anteilsrechte verpflichten, um dafür einen Anteil am Gesamteigentum zu empfangen, „der übrigens jenem auch quantitativ nicht gleich zu sein braucht". Schon hieraus ergibt sich, dass die von Kracht (S. 32) vertretene Ansicht verfehlt ist, es liege keine Verpflichtung zur Eigentumsübertragung vor, da nach wie vor die einzelnen Gesellschafter Träger des Vermögens seien. Dagegen findet § 313 nicht Platz, wenn ein neuer Gesellschafter in eine Gesellschaft eintritt, zu deren Vermögen auch Grundstücke gehören, da es sich um einen rein personenrechtlichen Vertrag handelt, mit welchem dingliche Wirkungen verknüpft sind, die auf Grund gesetzlicher Vorschriften eintreten (Planck, 1906, II. S. 773). Folgerichtig muss man auch den Vertrag, durch den sich

ein Gesellschafter zum Austritt aus einer Gesellschaft mit Grundstücksvermögen verpflichtet, für formfrei erklären; denn nach § 738 B.G.B. „wächst der Anteil am Gesellschaftsvermögen den übrigen Gesellschaftern zu" (vgl. auch § 142 H.G.B.!); hier kann von einer Uebertragung des Grundstückseigentums gar nicht die Rede sein (s. R.G. Bd. 65. S. 227 u. Bd. 68 S, 410 ff.). — Bislang behandelten wir Gesellschaftsverträge, bei denen zufällig oder doch nur nebenhin Grundstückseigentum in Frage stand. Wir werden jetzt noch einiges zu sagen haben über Gesellschaftsverträge, die zwecks Grundstücksspekulation abgeschlossen werden. Der Vertrag, dass mehrere sich verpflichten gemeinschaftlich Grundstücke für die Gesellschaft zu erwerben, bedarf keiner Form, wie wir bereits früher dargelegt haben (s. R.G. in Leipz. Zeitschr. 1907 S. 904). Aber auch dann, wenn die Gesellschafter sich verpflichten die erst zu erwerbenden Grundstücke weiter zu veräussern, bedarf es nicht der Form; wir haben es hier mit den sog. Parzellierungsverträgen zu tun, die gegründet werden, um grosse Güter aufzukaufen und nachher zu hohen Preisen parzellenweise weiter zu veräussern und den Gewinn zu verteilen, denn die Vereinbarung Dritten gehörige Grundstücke zu zertrümmern, ist kein Vertrag, durch den sich ein Teil verpflichtet, Eigentum zu übertragen, selbst dann nicht, wenn vor der Weiterveräusserung erst der Erwerb der Grundstücke für die Gesellschaft vorausgehen muss;[43]) es entspricht auch keineswegs dem Zwecke des § 313 hier eine Form zu verlangen. Auch der Anspruch des einen Gesellschafters gegen den anderen auf Herausgabe von Grundstücken die für die Gesellschaft gekauft sind,

[43]) R.G, Bd. 68 S. 260 ff.; R.S. in Seuff. Arch. Bd. 64 S. 308 R.G. in Gruch. Bd. 54, erstes Heft 1910 S. 147; Rspr. O.L.G. Bd. 17, S. 377.

unterliegt nicht der Form des § 313 (R.G. in J.W. 07. S. 830.).

6.) Bezüglich der Leibrentenverträge, sowie der ihnen verwandten Vertragsarten und des Bürgschaftsversprechens (s. a. R.G. R. 02, S. 371) verweisen wir auf das bei Tochtermann S. 19. ff. Gesagte; diese Rechtsgeschäfte sind eben dann formbedürftig, wenn sie eine Verpflichtung zur Grundstücksübereignung enthalten.

7.) Der Vergleich ist grundsätzlich formlos; nur dann, wenn sein Gegenstand eine besondere Form erforderlich macht, muss diese gewahrt werden. Man unterscheidet zwei Arten von Vergleichen, den bürgerlichrechtlichen und den prozessrechtlichen. Es ist sehr wohl möglich, dass in einem Vergleichsvertrage die selbständige Verpflichtung zur Grundstücksübereignung übernommen wird; denn im § 779 heisst es: „Ein Vertrag, durch den der Streit über ein Rechtsverhältnis . . . beseitigt wird"; es ist darunter nicht nur ein Schuldverhältnis zu verstehen, sondern jedes Rechtsverhältnis, so auch ein Vertrag über absolute Rechte wie das Grundstückseigentum. Es bedarf dann nach der allgemeinen Regel der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung, da der Vergleichsvertrag obligatorischen Charakters ist. Es ist zu beachten, dass nur die vergleichsweisen Vereinbarungen, soweit sie sich auf die Eigentumsübertragungspflicht beziehen, formell sein müssen. Fraglich könnte der Beurkundungszwang dann sein, wenn über sonstige Bestimmungen des Grundstücksübereignungsvertrages vergleichsweise Vereinbarungen getroffen würden, etwa über die strittige Höhe des Kaufpreises oder den Zeitpunkt, an welchem das Grundstück aufzulassen ist; hier handelt es sich um nachträgliche Abänderungen, da ja ein Vergleich nur im Wege gegenseitigen Nachgebens geschlossen werden kann. Früher wurde dargelegt, dass jede nachträgliche Ver-

einbarung zu einem Grundstücksübereignungsvertrag wiederum der Form bedarf. Diese Zusätze und Abänderungen im Wege des Vergleiches stellen aber einen vollständig neuen, selbständigen Vertrag dar, der überhaupt nicht einmal auf dem ursprünglichen Veräusserungsvertrag basiert; es soll ja gerade von ihm abgesehen werden, da er in dem Punkte, über welchen man sich vergleicht, unklar geblieben ist. Daher bedarf der Vergleichsvertrag insofern er nicht selbst eine Verpflichtung zur Grundstücksübereignung enthält, nicht der im § 313 vorgeschriebenen Form.

Ganz verschieden von dem privatrechtlichen Vergleich ist der Prozessvergleich; daher gilt auch die im § 779 B.G.B. gegebene Definition des Vergleichs keineswegs für einen Vergleichsvertrag im Sinne des Prozessrechts. Wenn wir nun die Frage aufwerfen, ob eine im Prozessvergleich übernommene Verpflichtung zur Grundstücksübereignung der Form des § 313 bedarf, so ist das nicht gleichbedeutend damit, ob derartige Verträge überhaupt formlos sind. Im Gegenteil ist das Prozessverfahren ein besonders ausgeprägtes formelles Verfahren, und es fragt sich nur, ob die durch das Prozessverfahren inne gehaltene Form imstande ist, die im § 313 vorgeschriebene Form der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung als Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu ersetzen. Die im F. G.G. gegebenen Bestimmungen über die Art und Weise der Beurkundung können hier überhaupt nicht in Betracht kommen, da es sich um einen Akt des Prozessgerichts handelt. Nach Art. 32. E.G. B.G.B. bleiben die Vorschriften der Reichsgesetze gemeinhin in Kraft. Sie treten jedoch insoweit ausser Kraft, als sich aus dem B.G.B. oder aus dem Einführungsgesetz die Aufhebung ergibt. Die C.P.O. lässt nun den Abschluss eines Vergleichs während des Verfahrens zu (vgl. §§ 98; 160;

298u .a .). Mit Recht hebt das Reichsgericht (Bd. 48, S. 187) hervor, dass der Gesetzgeber falls er eine derartige Aenderung herbeiführen wollte, dieses sicherlich im Gesetze deutlich zum Ausdruck gebracht haben würde. Umgekehrt wird im Entwurf eines Ges. über die Angelegenheiten der F.G.G. die Rechtsgültigkeit der in Frage stehenden Verträge anerkannt, wo es wörtlich heisst (bei § 163 des Entw. , § 167 des Ges.): Die Vorschriften des § 163 beziehen sich überhaupt nicht auf die Beurkundung prozessualer Rechtsgeschäfte. Wird ein Rechtsgeschäft, das nach dem bürgerlichen Rechte der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf, in der prozessualischen Form des Vergleichs vorgenommen, so hat die Beurkundung nach den Formen der C.P.O. zu erfolgen. Ein Prozessvergleich, der eine Grundstücksübereignungspflicht im Gefolge hat, bedarf also nicht noch besonders der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung nach § 313 B.G.B.; daher gewährt ein derartiger Vertrag nach § 794 C.P.O. ohne weiteres einen vollstreckbaren Titel. Selbstverständlich bedarf es auch dann nicht der Beurkundung nach § 313, wenn etwa nach den Landesgesetzen, wie z.B. auf Grund des Art. 141 E.G. B.G.B. und § 6 des Bremer A.G. B.G.B., für die Beurkundung ausschliesslich die Notare zuständig sind. Es liegt auch gar kein Grund vor hier nochmals eine Beurkundung zu verlangen, da doch der Zweck, der durch die Formvorschrift des § 313 verfolgt wird, ebengut durch den formellen prozessualischen Abschluss erreicht wird, zumal doch, wenigstens bei der gerichtlichen Beurkundung, der Vergleich unter derselben fachmännischen Leitung erfolgt, wenn auch in anderer Funktion.

Diesen Standpunkt nimmt die Rechtssprechung und jetzt auch fast die gesamte Literatur ein.[44]) Nur Dorner

[44]) R.G. Bd. 48, S. 183 ff; Bd. 56 S. 383; Rspr. O.L.G. Bd. 2, S. 51; Tochtermann nebst Zitaten S. 26.

dem Fuchs[45]) gefolgt ist, vertritt die Ansicht, dass zwar für gewöhnlich die im § 313 geforderte Form durch einen Prozessvergleich ersetzt werde; es müsste denn sein, dass durch Landesgesetz auf Grund des Art. 141. E.G. B.G.B. — wie in dem oben angeführten Beispiele des Bremer A.G. B.G.B. die Zuständigkeit der Gerichte hierfür ausgeschlossen ist. Hierzu sagt das Reichsgericht Bd. 48: „Hierbei ist übersehen, dass die gemäss des Vorbehalts in Art 141 ergangenen Landesgesetze eben nur die freiwillige Gerichtsbarkeit betreffen, dass also das Bremische A.G. nur die im § 167 F.G.G. angeordnete Zuständigkeit der Amtsgerichte ausschliesst, wogegen bei Entgegennahme eines Vergleichs der Prozessrichter tätig ist und tätig sein kann".

8.) In engem Zusammenhange mit dem Vergleichsvertrage steht der Anerkenntnisvertrag, insofern als in einem Vergleiche häufig ein positives oder auch negatives Anerkenntnis enthalten ist. Auch das mit dem Anerkenntnis wegen seines abstrakten Verpflichtungsgrundes nahe verwandte Schuldversprechen pflegt öfters in einem Vergleichsvertrage gegeben zu werden. An sich unterstehen beide Verträge dem § 313, sofern in ihnen die Verpflichtung zur Grundstücksübereignung begründet wird (s. Tochtermann S. 21 nebst Zitaten). Streitig ist jedoch, ob auch das in einem Vergleiche abgegebene abstrakte Versprechen oder Anerkenntnis der Verpflichtung zur Grundstücksübereignung nach § 313 beurkundet werden muss. Lehmann-Ring (H.G.B. II. S. 32) sind der Ansicht, dass nach § 782 B.G.B. die mündliche Form genüge. Dieses ist jedoch nicht richtig; denn im § 782 wird nur die in den §§ 780; 781 geforderte Form, der Schriftlichkeit ausgeschaltet. Ist aber aus besonderen

[45]) Dorner, Ges. über d. Angelegenh. d. E.G.G. S. 553; Fuchs, Grundbuchrecht (1902) Bd, 1 S. 398.

Gründen, wie in unserem Falle wegen des Objekts, eine andere Form bedingt, so muss diese inne gehalten werden (ebenso Oertmann und Tochtermann mit Zitaten). — Bestrittener ist die Frage, ob ein Anerkenntnis der Verpflichtung zur Uebertragung von Grundstückseigentum im Prozesse noch gemäss § 313 beurkundet werden muss. Das Anerkenntnis im Prozesse ist ein blosses Geständnis, das nur Beweis schafft für Tatsachen. Das Schuldanerkenntnis des B.G.B. dagegen besitzt rechtsschöpferische Kraft. Das Anerkenntnis an sich hat die Wirkungen, die das als bestehend anerkannte Rechtsverhältnis herbeigeführt haben würde. Ja, selbst wenn das „neu anerkannte" Rechtsverhältnis in Wirklichkeit gar nicht einmal bestand, so gelangt es eben durch diesen Anerkenntnisvertrag zur Entstehung. Diese Wirkung geht dem prozessualischen Anerkenntnis völlig ab; abgesehen davon, dass ein Anerkenntnis im Prozesse immer auf ein entstandenes früheres Rechtsverhältnis, das anerkannt werden soll, zurückgreifen muss und daher nicht selbst rechtsschöpferisch sein kann, ist die prozessuale Anerkennung nur eine einseitige Rechtshandlung und kein Vertrag, wie ihn § 313 fordert. Zutreffend heisst es in der D.J.Z. (07. S. 503 ff.), dieses Verlangen der Uebertragung eines Grundstücks stütze sich nicht auf einen gesetzlichen Titel, sei daher ein Anspruch ohne Klagegrund und als solcher nicht rechtsschutzfähig.

9.) Selbstverständlich kann auch in einem Schuldverhältnis, das die Verpflichtung zur Uebereignung eines Grundstücks enthält, ohne dass sein rechtlicher Bestand geändert wird, ein neuer Gläubiger oder ein neuer Schuldner eintreten. Schon Tochtermann[46]) hat nachgewiesen, dass es hier nicht der Form bedarf; es handelt sich bei

[46]) S 11 und 12 mit Zitaten; s. a. Thiele in d. Not.-V. Ztg., Bd. 2, S. 317 ff.

der Uebertragung der Forderung nur um einen Vertrag zwischen dem alten und neuen Gläubiger; der Schuldner habe nur die „bestehende Verpflichtung" gegen die Rechtsnachfolger zu erfüllen, und übernehme infolge der Abtretung keine neue Verpflichtung, Grundstückseigentum zu übertragen. Diese Ansicht ist die richtige und jetzt auch allgemein anerkannt. So hat das Reichsgericht mehrfach (s. z.B. Bd. 53, S. 268 ff.) unter derselben Begründung entschieden, dass es der Form nicht bedarf, da das B.G.B. für die Wirksamkeit einer Abtretung das Erfordernis einer Form nicht aufgestellt habe und somit nur eine entsprechende Anwendung der Vorschrift in Frage komme; diese sei aber deswegen zu verwerfen, weil § 313 S. 1. eine Ausnahmebestimmung enthalte. Aber abgesehen davon spricht für eine analoge Anwendung des § 313, wie sie neben Scherer und Brettner (a.a. O.) auch Stranz in seinem Gutachten auf dem 26. Juristentage (Bd. 2, S. 114) fordert, nicht der ganze Zweck des § 313; denn nach unseren Ausführungen a.a. O. hat § 313 neben der Bestimmung, die Vertragsparteien vor Uebereilung zu schützen, auch besonders den Zweck, die Stabilität des Grundbesitzes zu sichern. Dieser Gesichtspunkt fällt bei einem Abtretungsvertrage ganz aus, da ja die Verpflichtung zur Uebereignung ohnehin einmal besteht; ob sie an A. oder B. erfolgt, ist vollkommen gleichgültig.

Bei der Schuldübernahme ist die Sachlage genau so wie bei der Abtretung, mag sie nun auf Grund eines Vertrages mit dem Gläubiger oder mit dem Schuldner erfolgen.

10.) Denkbar ist auch die Begründung der Verpflichtung zur Eigentumsübertragung an Grundstücken durch Anweisung. Hier ist natürlich Voraussetzung, dass der Angewiesene Schuldner des Anweisenden ist, was bei

der Anweisung nicht unbedingt nötig ist. Weist A. den B. an, das ihm auf Grund irgend eines Rechtsgeschäfts schuldige Grundstück an den C. eigentümlich zu übertragen, und nimmt B. die Anweisung an, so ist B. verpflichtet das Grundstückseigentum an C. zu übertragen, und dieser berechtigt, die Eigentumsübertragung zu fordern. Weder die Anweisung selbst noch die Annahme derselben bedürfen der Form, da hierdurch wiederum nicht etwa eine neue Verpflichtung zur Eigentumsübertragung begründet wird, sondern nur der eine Vertragsteil, an den geleistet werden soll, sich ändert.

§ 6.

Verträge, durch welche eine Verpflichtung zur Eigentumsübertragung aufgehoben werden soll.

1.) Betrachten wir zunächst den „Rücktritt" von einem Grundstücksübereignungsvertrage. Ist die Berechtigung zum Rücktritt vertraglich vorbehalten, so erlischt das Schuldverhältnis mit der Erklärung des Rücktritts ohne weiters, es bedarf keiner Form. Nur dann meint Tochtermann (S. 14), wenn das Grundstückseigentum schon übertragen sei, also wenn eine Rückübereignung stattfinden muss, könne es den Anschein haben, als ob § 313 doch Platz greife; er entscheidet jedoch mit Recht dahin, dass keine Form inne gehalten zu werden braucht, da es sich nicht um einen Vertrag, sondern um ein einseitiges Rechtsgeschäft mit seinen gesetzlichen Folgen handelt. Immerhin beruht dieser Rücktritt auf einer Bestimmung des ursprünglichen Vertrages, die als Vertragsbestandteil auch der Form unterworfen ist. Aber diese formalistische Begründung des Rücktrittsrechtes könnte nicht den Grund dafür abgeben, dass auch seine Verwirklichung formell sein muss; denn auch die Aus-

übung des gesetzlichen Rücktrittsrechtes — bei teilweiser Unmöglichkeit der Leistung §§ 280, 325, bei Verzug des Schuldners § 286 und bei Nichterfüllung gegenseitiger Verträge §§ 325 ff. B.G.B. — bedürfen keiner Form.

2.) Dem Rücktritt ähnlich ist die Wandlung, finden doch gemäss § 467 B.G.B. auf die Wandlung die für das vertragsmässige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften Anwendung; doch besteht ein wesentlicher und für unseren Fall besonders wichtiger Unterschied darin, dass die Wandlung nicht wie der Rücktritt durch einseitige Erklärung, sondern durch Willenseinigung beider Parteien, d.h. durch einen Vertrag zustande kommt. Ueber den rechtlichen Charakter des Wandelungsvertrages bestehen viele Meinungsverschiedenheiten, insbesondere darüber, ob die Berechtigung zur Wandlung dem Käufer lediglich einen Anspruch gegen den Verkäufer auf Abschliessung des Wandlungsvertrages gibt,[47]) sodass erst auf Grund dieses Vertrages die Rückgängigmachung des Kaufes verlangt werden kann, oder aber ob der Käufer unmittelbar das Recht hat, den Kauf rückgängig zu machen.[48]) Wir brauchen zu dieser Streitfrage keine Stellung zu nehmen, da die Wandlung unter keinen Umständen der Form bedarf, weil mit dem Abschluss des Wandelungsvertrages sofort „die Rechtswirksamkeit kraft gesetzlicher Bestimmung vorhanden ist". Würde das nicht so sein, so würde § 462 eine inhaltlose Bestimmung enthalten, da ja auf Grund des Wandelungsvertrages diese gar nicht erzwungen werden könnte, weil eben der Vertrag nicht formell abgefasst worden wäre (s. Tochtermann S. 17/18). Der Anspruch auf Rückübertragung des Grundstücksei-

---

[47]) so Planck, Anm. zu § 467; Flechtmann in Gruch. Beitr. Bd. 44 S. 65 ff u. a.

[48]) Matthiass in D.J.Z. 02, S. 205 ff; Eccius in Gruch. Beitr. Bd. 43 S. 305 u. a.

gentums gründet sich also in erster Linie auf das Gesetz, und der nachfolgende Wandelungsvertrag bringt nur zum Ausdruck, dass einmal der Käufer auf Grund der gesetzlichen Bestimmungen wandeln will, dass zum anderen der Verkäufer das Vorliegen des vom Gesetz geforderten Tatbestandes anerkennt und deshalb einwilligt. Der Wandelungsvertrag ist eben nur „eine vom Gesetz vorgeschriebene besondere Form der Durchführung einer dem Käufer bei Mängeln des erstandenen Grundstücks gesetzlich zustehenden Befugnis" (Oertmann S. 139). Es ist gleichgültig, ob die Einigung freiwillig oder auf Grund eines Urteils zustande kommt. Die Behauptung von Eccius (a.a. O. S. 327/328), dass es in ersterem Falle der Form bedürfe — sowohl das Verlangen als auch die Erklärung des Einverständnisses muss nach ihm formell sein —, ist daher nicht zu billigen und hat in der Literatur auch keinen Anklang gefunden.[49]). Demnach hat der Käufer auf Grund des formlosen Wandlungsvertrages das Grundstück wieder an den Verkäufer aufzulassen; hatte die Uebereignung noch nicht stattgefunden, so verlieren die Parteien die ihnen aus dem Kaufvertrage zustehenden Ansprüche; der Vertrag wird aufgehoben.

3.) Wie steht es aber, wenn die Parteien ohne gesetzlichen Zwang die Wiederaufhebung eines Grundstücksveräusserungsvertrages vereinbaren? Ein derartiger Vertrag enthält gar keine Verpflichtung zur Grundstücksübereignung und ist daher formlos. Ist die Grundstücksübertragung bereits erfolgt, so bedarf es zur Rückübertragung natürlich der Form; hier handelt es sich auch gar nicht um eine Aufhebung der Verpflichtung zur Grundstücksübereignung, sondern es liegt ein vollständig neuer

[49]) vergl. dagegen Flechtheim in Gruch. Bd. 44 S. 73 Anm. 14a; Neumann, B.G.B. zu § 465; Goldmann L. I. S. 499 Anm. 13 u.a.

Verpflichtungsvertrag vor, in welchem nur der Gegenstand des Vertrages derselbe ist. Auch eine analoge Anwendung des Gesetzes lässt sich nicht rechtfertigen; denn die Tendenz des Gesetzes geht, wie wir schon früher hörten, dahin, einmal die Stabilität des Grundbesitzes durch die erschwerte Form seiner Veräusserung zu fördern, zum anderen und „die Sicherheit des Grundstücksverkehrs zu erhalten und die Allgemeinheit vor übereilten Grundstücksveräusserungen fernzuhalten". (Pettasohn D. J.Z. 04 S. 809). Wird nun aber ein derartigeer Verpflichtungsvertrag rückgängig gemacht, so bleibt es bei dem status quo ante, und der Gesetzgeber hat erreicht, was er wollte. Brettner (a.a. O.) verlangt auch hier die Form gemäss seiner uns bekannten Auslegung des § 313 (ein Vertrag der das Eigentum an einem Grundstücke zum Gegenstande hat . . . .).[50] Auch die Praxis hat in zahlreichen Entscheidungen[51] festgelegt, dass derartige Verträge nicht der Form bedürfen. Die Wiederaufhebung kann auch durch konkludente Handlungen erfolgen, vorausgesetzt, dass diese dem anderen Teile gegenüber vorgenommen werden; ebenso genügt jede andere stillschweigende empfangsbedürftige Erklärung (R.G. Bay. Rpfl. Z. 05. S. 154; Gruch. Beitr. Bd. 49, S. 893; R. 06 S. 1193).

4.) Eine im Gesetz besonders geregelte Art der Aufhebung eines Schuldverhältnisses ist der Erlassvertrag; dieser ist nach dem vorhin Gesagten ohne weitere Form gültig. Auch der sog. negative Anerkennungsvertrag, d.h. das vertragsmässige Anerkenntnis des Gläu-

---

[50]) vergl hiergegen unsere früheren Ausführungen; ebenso sagt Staub, Kom. II, S. 1090, dass es sich bei der Aufhebung eines Grundstücksveräusserungsvertrages zwar um „einen Vertrag über ein Grundstück handele", aber nicht um „einen auf Übertragung des Eigentum gerichteten Vertrag."

[51]) Rspr. O.L.G. Bd. 4 S. 208; Seuff. Arch. Bd. 57 S. 391 u. S. 75; Braunschw. Ztg. 06, S. 70 und 145; 07, S. 47.

bigers, dass ein Schuldverhältnis, auf Grund dessen der Schuldner zur Uebertragung des Grundstückseigentums an ihn verpflichtet sei, nicht besteht, ist formfrei; dagegen bedarf der selbständige Anerkennungsvertrag nach § 781 B.G.B. der Form.

Als vereinzelter Fall ist noch der Grenzregulierungsvertrag zu erwähnen (§ 920 B.G.B.). Meistens wird es ja zu einer Klage kommen, aber die Parteien können sich auch vertraglich über die Festsetzung einer Grenze einigen. Dieser Vertrag bedarf keiner Form, da kein Teil sich verpflichtet, Grundstückseigentum auf den anderen zu übertragen, sondern durch den Vertrag wird die unter den Parteien herrschende Ungewissheit dahin beseitigt, dass die richtige Grenze immer so gewesen sei, und das jeder das erhalte, was ihm zustehe. Werden dagegen Grundstücke oder Grundstücksteile ausgetauscht, so tritt natürlich § 313 in Geltung. (R.G. in Seuff. Arch. Bd. 61, S. 398).

§ 7. Hilfs- oder Nebengeschäfte.

Bislang hatten wir es nur mit sog. Hauptverträgen zu tun, durch welche direkt die Verpflichtung zur Grundstücksübereignung begründet wurde. Wir werden uns nunmehr mit den den Hauptgeschäften vorausgehenden Hilfs- oder Nebengeschäften befassen, durch welche die Veräusserung bezw. der Erwerb von Grundstückseigentum vermittelt werden soll. Der bedeutendste Vertrag dieser Art ist der Auftragsvertrag; im Anschluss hieran ist die Vollmacht zu erörtern, einmal schon wegen der rechtlichen Verwandtschaft dieser Geschäfte, sodann auch weil die Vollmacht häufig in Verbindung mit dem Auftrage vorkommt.

1.) Beim Auftrage müssen wir zwei Fälle unterscheiden; einmal dass der Auftraggeber einen ande-

ren beauftragt ein ihm gehöriges Grundstück zu veräussern, sodann dass der Beauftragte für den Auftraggeber Grundstückseigentum zu erwerben hat. Prinzipiell kann die Erteilung eines Auftrags formlos geschehen. Aber auch dann, wenn sich das Auftragsgeschäft auf die Veräusserung eines Grundstücks bezieht, bedarf es keiner Form; denn dieser Auftragsvertrag ist kein Vertrag, durch den sich der Auftraggeber verpflichtet, Grundstückseigentum zu übertragen, da gemäss § 671 B.G.B. der Auftraggeber den Auftrag jederzeit widerrufen kann. Erst dann, wenn der Auftraggeber sich besonders verpflichtet, das Eigentum an eine bestimmte Person oder an den vom Beauftragten ausgewählten Käufer zu übertragen, bedarf es der vorgeschriebenen Form[52]); denn wie schon früher gesagt wurde, ist es gleichgültig, ob die Eigentumsübertragung an die andere Vertragspartei oder an einen Dritten erfolgen soll, und ob dieser Dritte schon bestimmt ist oder aber von dem Beauftragten noch erst ermittelt werden soll. Selbstverständlich kann sich der Auftraggeber in dieser Weise binden; der Widerruf ist dann dem Auftraggeber versagt. Er kann nicht etwa beim Vorhandensein „eines wichtigen Grundes" widerrufen; nur der Beauftragte ist in einem solchen Falle zur Kündigung berechtigt, selbst wenn er auf das Kündigungsrecht verzichtet hat (vgl. § 671). Falsch ist daher die Ansicht Islars (a.a. O. S. 17) in der Allgemeinheit wie er sie ausspricht, dass „auf einen Auftrag auf Uebertragung des Eigentums an einem Grundstücke § 313 anzuwenden ist, da der Wortlaut des § 313 nicht dagegen zu sprechen scheint". Die Regel ist, dass § 313 auf einen derartigen Vertrag keine Anwendung findet und nur in dem oben erwähnten Ausnahmefalle zur Anwendung gelangt.

[52]) R.G. D.J.Z. 1902 S. 335; R.G. Bd. 50, S. 167 ff; Planck (1907) S. 127

Häufiger als der Auftrag zur Grundstücksveräusserung wird der Auftrag zum Grundstückserwerbe sein. Ein solcher Vertrag ist insofern als der Auftragnehmer verpflichtet wird, das Grundstück zu erwerben formlos, wie früher eingehend dargelegt wurde. Fraglich ist das Formerfordernis deswegen, weil der Beauftragte auf Grund des Auftragsvertrages verpflichtet ist, das Eigentum des erworbenen Grundstücks auf den Auftraggeber zu übertragen. Der Kern des Vertrages ist die Verpflichtung des Beauftragten, das Grundstück für den Auftraggeber zu erwerben. Die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung steht im Hintergrunde, ist vielmehr selbstverständlich und gründet sich auf die positive Gesetzesvorschrift des § 667 B.G.B., nach welcher der Beauftragte zur Herausgabe des durch die Geschäftsbesorgung Erlangten an den Auftraggeber verpflichtet ist. Mit dem Erwerbe des Grundstücks durch den Beauftragten wird auch gleichzeitig seine Verpflichtung zur Uebergabe an den mandator geboren. Dieser Standpunkt wird auch durchweg in der Literatur[53]) vertreten, und so hat auch die Praxis und besonders das Reichsgericht in zahlreichen Entscheidungen die Formlosigkeit derartiger Verträge anerkannt.[54]) Unwesentlich ist, ob der Beauftragte selbst das Grundstück auswählen, oder ein bestimmtes ankaufen, ob er zunächst in eignem Namen erwerben und dann auf den Auftraggeber übertragen soll. Geht dagegen die Absicht der Parteien dahin, dass der eine Teil zunächst Eigentum erwerben und dann an den anderen Teil weiter veräussern soll,

---

[53]) Örtmann S. 139; Neumann, B.G.B. I zu § 662; Krome, B.G.B. II § 253 u. a.; so auch Danz (in Iherings J. Bd. 54, S. 54 ff) für den Fall, dass die Verpflichtung zum Eigentumserwerb formlos sein soll.

[54]) R.G. Bd. 55, S. 78; Bd. 62, S. 336; R.G., R. 07, S. 1397, Seuff. Bl. 08, S. 501 und Gruch. Beitr. Bd. 52 S. 660.; Rspr. O.L.G. Bd. 8 S. 438; Els.Lothr. Jur.Ztg. Bd. 32, S. 34.

so muss diese Vereinbarung formell abgeschlossen werden, da es sich dann um einen Vertrag handelt, durch den der eine Teil selbständig die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung übernimmt; dass es sich hierbei um zukünftiges Eigentum handelt, ist nebensächlich. Nach § 675 B.G.B. finden die Vorschriften über den Auftragsvertrag auch auf den Dienstvertrag Anwendung, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat. Demgemäss kann auch die Besorgung eines entgeltlichen Grundstückserwerbsgeschäftes mündlich vereinbart werden. Selbst dann, wenn in dem Auftragsvertrage noch ausdrücklich die Verpflichtung des Auftragsnehmers zur Uebertragung des Grundstückseigentums auf den Auftraggeber betont wird, bedarf es keiner Form; denn es handelt sich hier um ein superfluum, „um einen überflüssigen, selbstverständlichen Beisatz, der als Vertragsbestandteil überhaupt nicht zu erachten ist" (R.G. Bd. 54 S. 79). Gegen diese Entscheidung macht Arnulf Meyer (Relativgeschäfte S. 34 ff.) Front, indem er ausführt: „Die Abrede über die Verpflichtung des Beauftragten das zu erwerbende Grundstück an den Beklagten aufzulassen, ist nicht, wie das Reichsgericht annimmt, ein überflüssiger, die gesetzliche Folge des Auftragsverhältnisses erwähnender und bestätigender Beisatz, sondern der klare Ausdruck des einzigen Inhalts des Auftragsverhältnisses, die Angabe des Gegenstandes der Verpflichtung. Gerade auf Grund dieses „Beisatzes", der in Wirklichkeit kein Beisatz ist, sondern der Vertrag selbst, verlangt der Kläger die Auflassung. Man nenne den Inhalt des Vertrages, des Auftrags selbst, wenn diese Abrede nur einen Beisatz darstellt. Es gibt keinen von dieser Abrede zu sondernden Auftrag, keinen Auftrag ohne Gegenstand. Der Auftrag unterliegt daher der Formvorschrift des § 313!" Diesen Ausführungen können wir nicht beipflichten. Das bedeutet

ein Verkennen des Wesens des Auftragvertrages und ist mehr ein Wortgefecht. Wir wiesen schon vorhin darufhin, dass der Erwerb des Grundstücks durch den Beauftragten den Hauptbestandteil der Ausführung des Auftrags darstellt und dass mit dem Vollzug desselben der Auftraggeber ohne weiters die Anwartschaft auf das Grundstückseigentum hat, dass sein Recht auf Uebertragung mit dem Erwerb durch den Beauftragten geboren wird.

2.) Die Frage nach dem Formzwange einer Vollmachtserteilung können wir mit einem kurzen Nein beantworten; denn § 313 findet nur auf Verträge, nicht auf einseitige Rechtsgeschäfte Anwendung. Die Vollmacht ist aber zweifellos ein einseitiges Rechtsgeschäft. Für die Vollmachtserteilung geht die Formlosigkeit noch aus der positiven Vorschrift des § 167 Abs. 2. B.G.B. hervor, wonach dieselbe nicht der Form bedarf, welche für das Rechtsgeschäft bestimmt ist, auf das sich die Vollmacht bezieht, auch dann nicht wenn es sich um ein Formalgeschäft handelt. Ich möchte jedoch festgelegt haben, dass die Formfreiheit der abstrakten Vollmachtserteilung in erster Linie aus der Fassung des § 313 hervorgeht; die Zitierung des § 167 Abs. 2. (s. z.B. Oertmann) ist eigentlich ein superfluum.

In den meisten Fällen wird es sich nicht um eine abstrakte Vollmachtserteilung handeln, sondern um einen versteckten Veräusserungsvertrag in Verbindung mit einer Vollmacht; in diesem Falle ist auch die Vollmachtserteilung formbedürftig, da sie als Bestandteil des zu Grunde liegenden Grundstücksveräusserungsvertrages gedacht ist, sodass die Vollmacht lediglich zur Ausführung des Vertrages erteilt ist, „dass also die Bevollmächtigung nicht ohne den Vertrag erfolgt sein würde. Es tritt daher die Bestimmung des § 139 B. G. B. ein: Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist

das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde (R.G. Bd. 50 S. 159). Hierdurch wird auch die Berufung auf den § 167 Abs. 2. ausgeschlossen, dessen Anwendung an sich auch dann nichts im Wege stünde, falls die Vollmachtserteilung ein Bestandteil des Hauptgeschäfts ist. Damit ist es also unmöglich gemacht, „ein Geschäft welches die Veräusserung von Grundstücken bezweckt, der Formvorschrift des § 313 dadurch zu entziehen, dass es in eine Vollmachtserteilung eingekleidet wird" (ebendort S. 167). In der erwähnten Reichsgerichtsentscheidung handelte es sich um eine vom Grundeigentümer erteilte Parzellierungsvollmacht, die sich aber als zweiseitiger Vertrag mit Festsetzung von Leistung und Gegenleistung und insbesondere mit der Verpflichtung des Vollmachtsgebers zur Veräusserung von Grundstücken unter Festsetzung einer Vertragsstrafe darstellte[55]). Genau so ist die Sachlage, wenn der Grundstückseigentümer im Falle des § 1149 B.G.B. dem Hypothekengläubiger das Recht einräumt, d.h. ihn ermächtigt, zum Zwecke seiner Befriedigung die Veräusserung des Grundstücks auf andere Weise als im Wege der Zwangsvollstreckung, z. B. durch freihändigen Verkauf zu bewirken. Man hat behauptet,[56]) durch die Einfügung einer Unwiderruflichkeitsklausel in der Vollmachtserteilung der Form des § 313 ausweichen zu können. Hierauf ist zu erwidern, dass bei der rein abstrakten Vollmachtserteilung eine derartige Manövrierung vollkommen ausgeschlossen ist, „da § 167 Abs. 2 eine Vollmacht voraussetzt, welche frei, d.h. ohne Rechtsnachteil für den Vollmachtgeber widerruflich ist,

[55]) vergl. auch Bad. Rechtspr. 1903, S. 171; Thiele, D. Not.-V.-Ztg. 02, S. 280.

[56]) Dorst, Verh. d. 28. Jur Tages, Bd. I S 21; Islar S. 16.

wie sich aus § 168 ergibt" (R.G. 50S. 169). Die abstrakte Vollmachtserteilung ist also in jedem Falle widerruflich, selbst wenn die Unwiderruflichkeit ausbedungen sein sollte. Hier kann daher von einer Vereitelung des durch § 313 verfolgten Zweckes nicht die Rede sein. Die Ausführungen Islars (a.a.O.), dass in Bezug auf die Vollmacht eine Abänderung des § 313 ernstlich zu erwägen sei, vermögen wir nicht anzuerkennen, da die abstrakte Vollmachtserteilung insofern keine Gefahr in sich birgt, als der bevollmächtigende Bauer jederzeit die dem Güterhändler erteilte Vollmacht zurückziehen kann. Sind jedoch noch besondere Abmachungen getroffen worden, Stipulierung einer Vertragsstrafe u.s.w., so geht das über den Rahmen einer Vollmacht hinaus, es liegt dann in der Regel ein formbedürftiger Grundstücksveräusserungsvertrag vor.

3.) Abschliessend sei hier noch des Mäklervertrages gedacht; dieser ist gleichfalls formlos, denn der Mäkler erbringt nur den Nachweis der Gelegenheit zum Abschlusse eines Grundstücksveräusserungsvertrages oder vermittelt einen solchen. Ist der Grundstückseigentümer bei der abstrakten Vollmachtserteilung wenigstens noch solange gebunden, als er nicht widerruft, so bedarf es beim Mäklervertrage überhaupt erst noch seiner Einwilligung. Wird aber dem Mäkler die Vermittelung des Grundstücksverkaufes auf längere Zeit unwiderruflich unter Provisionszusicherungen und Verpflichtung des Eigentümers an dem vom Mäkler ermittelten Käufer das Grundstück zu übertragen, erteilt, so handelt es sich in Wahrheit wieder um einen formpflichtigen Veräusserungsvertrag. (J. W. 05. S. 73 ff.).

Hiermit schliessen wir die Erörterung des Satzes 1. § 313 mit dem Resultate, dass das Anwendungsgebiet entsprechend dem gesetzgeberischen Zweck sehr gross und

möglichst weit zu fassen ist. Wir sagen uns: wird einmal eine derartig in das Verkehrsleben einschneidende Gesetzesvorschrift erlassen, dann muss sie auch scharf gehandhabt werden! Es ist geradezu typisch, wie in fast allen Kommentaren und bei vielen anderen Autoren gesagt wird, § 313 müsse wegen seines Ausnahmecharakters möglichst eingeengt werden. Wir verurteilen diese Einschränkung ebenso wie eine analoge Anwendung. Erfreulicher Weise haben wir auch eine Entscheidung des höchsten Gerichts — das sich allerdings früher auch schon mal zu jenem Lehrsatz bekannt hat — für uns. Es heisst nämlich in Bd. 50 S. 165, 166: „Auch die sozialen Rücksichten, welche zur Aufnahme des § 313 mitgewirkt haben und die Tendenz dieser Vorschrift kundgeben, lassen erkennen, dass nicht beabsichtigt ist, die Vorschrift einschränkender Auslegung zu unterwerfen".

§ 8. § 313 Satz 2.

Mit der Abhandlung über den Satz 1 des § 313 haben wir den grössten Teil unserer Aufgabe erfüllt, die darin gipfelte, einmal den Zweck und sodann den Umfang der Formvorschrift festzulegen. Der zweite Satz des § 313 betrifft nur einen äusserst geringen Prozentsatz der in Frage stehenden Grundstücksveräusserungsverträge, und schon deshalb lässt sich eine kurze Erörterung dieser Bestimmung rechtfertigen. Dazu kommt, dass die Frage nach dem Geltungsgebiet des zweiten Satzes, insonderheit, welche rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen ihm unterfallen, nicht so kompliziert und bestritten ist, wie der erste Satz des § 313.

§ 313 Satz 2 lautet: „Ein ohne Beobachtung dieser Form geschlossener Vertrag wird seinem ganzen Inhalte nach gültig, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen".

1.) Man hat dem Gesetzgeber den Vorwurf einer groben Inkonsequenz gemacht, insofern als er im zweiten Satze die im ersten geforderte strikte, im Falle der Nichtbefolgung die Nichtigkeit (§ 125 B.G.B.) des Vertrages nach sich ziehende Formvorschrift für den Fall erlässt, dass die ohnehin zur Eigentumsübertragung erforderliche Auflassung und Eintragung erfolgt. Diese Rechtsinkonsequenz ist in der Tat vorhanden und auch keineswegs von dem gesetzgebenden Faktoren verkannt worden; ja, es wurde sogar in der zweiten Lesung der Antrag gestellt, diesen Nachsatz zu streichen, da es „eine künstliche, durch nichts gerechtfertige Bestimmung sei, wenn der rein formelle Auflassungsvertrag rückwärts dem obligatorischen Privatvertrag nachträglich die Klagbarkeit verleihe" (Kom. Bericht des R.T. zu § 307 (jetzt § 313). Die Erfahrung hat aber gezeigt, dass diese Bestimmung trotz ihrer Inkonsequenz sehr nützlich ist, und daher ist der Antrag den Nachsatz zu streichen, mit Recht abgelehnt worden. Zunächst soll durch diese Bestimmung verhindert werden, dass der Veräusserer auf Grund des nichtigen obligatorischen Vertrages 30 Jahre lang aus ungerechtfertigter Bereicherung klagen kann, was sonst trotz der formgültig erfolgten Auflassung und Eintragung und des dadurch erfolgten Eigentumüberganges möglich wäre. Daher ist der Satz 2 im Interesse der Rechtssicherheit im Grundstücksverkehre nur zu begrüssen. Sodann erscheint es als ein Gebot ausgleichender Gerechtigkeit, dass der Kontrahent, der durch die förmliche Auflassung in Erfüllung des kausalen Rechtsgeschäfts, Eigentum übertragen hat, seinerseits die Erfüllung des Rechtsgeschäfts, die er zu fordern hätte, wenn das Rechtsgeschäft in der vorgeschriebenen Form abgeschlossen wäre, gegen d e n erhält, der die Auflassung angenommen hat (Rehbein II. S. 161; s.a. R.G. 31.S. 230), Auch

würde es sich nicht mit dem Grundsatze von Treu und Glauben vereinigen lassen, so dem Veräusserer gewissermassen durch Gesetz die Möglichkeit gegeben würde, auf Kosten seines Vertragsgegners Spekulationsgeschäfte zu treiben; denn je nachdem der Wert des Grundstücks fallen oder steigen würde, könnte er die condictio anstellen oder nicht. Von den Gegnern wird ins Feld geführt, dass die Heilung des Formmangels gemässSatz 2 die durch Satz 1 angestrebte Erschwerung der Grundstücksveräusserungen zu dem Zwecke vor Uebereilung und Uebervorteilungen zu schützen, vollkommen beseitige. Das ist nicht richtig. Allerdings wird durch den doppelten Formzwang des formellen obligatorischen Vertrages mit nachfolgender formeller Auflassung eine grössere Sicherheit gegen derartige Vorkommnisse geboten. Immerhin wird der erste Satz des § 313 durch den zweiten in dieser Beziehung nicht wertlos gemacht, da „die Auflassung ja doch noch einen Aufschub mit sich bringt, der dem leichtfertigen Kontrahenten zur Ueberlegung dient. Vollzieht er dennoch die Auflassung, so verbürgt dies die Fortdauer seines Willens" (Eck. L. Vorträge, I. S. 296). Als weiterer Gegengrund wird geltend gemacht,[57]) dass die Kosten „immer wieder dazu führen werden, dass man die notarielle Form umgeht, indem sich jeder auf den anderen verlässt und sagt: wir gehen nachher an das Gericht und lassen auf, da können wir die Kosten des notariellen Vertrages sparen. Dies hat dann die schlimme Folge, dass der redliche Mann sein Wort hält, der unredliche aber oft nachher sagt: ich kann mehr bekommen; ich habe es zwar versprochen, ich halte aber mein Versprechen nicht, weil das Gesetz es mir gestattet". — Dem ist einmal zu entgegnen, dass die Beru-

[57]) Hamm, Verh. d. 28. Jur.Tages S. 31; Dasselbe Bedenken hat schon Dernburg, Bürg. R, II. 1 S. 175 ausgesprochen.

fung auf eine gesetzliche Vorschrift nicht gegen Treu und Glauben verstösst. Auch ist der „redliche" Mann nicht zu bemitleiden, er hatte es ja in der Hand sich zusichern, indem er auf formellen Abschluss des Vertrages und damit auf Bindung seines Vertragsgegners drang. Sodann werden die Befürchtungen einer „Ausserkurssetzung" (Stranz a.a. O.) des Satzes 1 durch Satz 2 widerlegt, durch die Erfahrung. Denn es hat sich gezeigt, dass die Parteien durchweg Grundstücksveräusserungsverträge in der formellen Form abgeschlossen haben, da die Kosten im Verhältnis zu dem Objekt wirklich nicht zu hoch sind und vom Publikum auch nicht als zu soch empfunden werden, dass sich aber die Anwendung des Satzes 2 auf ganz bedeutungslose Grundstücksübertragungen beschränkt hat; das bedeutet aber wiederum einen Vorteil, da bei so geringwertigen Parzellen die durch die Beurkundung entstehenden Kosten ausser Verhältnis stehen würden. Weiterhin heisst es in der Denkschrift zum Entwurfe eines B.G.B. (S. 47): „Die Vorschrift ist auch für die häufigen Fälle in denen Trennstücke schuldenfrei gegen sofortige Barbezahlung aufgelassen werden, nicht zu entbehren". Endlich noch ist § 313 Satz 2 da von besonderem Werte, wo die sofortige Inanspruchnahme eines Notars unmöglich ist, dieser Grund wurde von Hamm (a.a. O. S. 27/28) gegen die Vorschrift des Satzes 1. geltend gemacht. Es ist eine auffallende Tatsache, wie von den Gegnern der Formvorschrift besonders gegen den zweiten Satz des § 313 geeifert wird. Es beruht dieses auf dem Bestreben, die unsicheren Gründe gegen die Formvorschrift, durch den „ungeheuerlichen" Satz 2 aufzubessern und so die ganze Formvorschrift zu Fall zu bringen. Treffend weist Dennler (Bl. f. Rechtsanw. Bd. 71 S. 673) diese Angriffe zurück, indem er sagt: „Wenn die Gegner der Formvorschrift gar so sehr den Satz

2 gegen Satz 1 auszuspielen versuchen, so ist wirklich nicht ersichtlich, warum sie nicht die Ausschaltung des Satzes 2 im Wege der landesgesetzlichen Regelung herbeizuführen suchen". Denn nach § 98 R.G.B.O. kann durch Landesgesetz bestimmt werden, dass das Grundbuchamt die Erklärung der Auflassung nur entgegennehmen soll, wenn die nach § 313 B.G.B. erforderliche Urkunde vorgelegt wird. Diese Bestimmung ist, wie Tochtermann (S. 58) richtig hervorhebt, eine Sollvorschrift, sodass eine trotz des landesgesetzlichen Verbots vorgenommene Auflassung rechtsgültig ist und auch die Eintragung erfolgen muss. Die Behauptung Islars (S. 26), dass der Richter trotz der landesgesetzlichen Sollvorschrift die Auflassung auch dann vornehmen muss, wenn die Parteien keine formelle Urkunde vorzulegen vermögen, weil sie keine errichtet haben, obschon nach § 313 die Beurkundung erfolgen musste, ist falsch und lässt sich durch nichts begründen. Mit Unrecht beruft er sich auf Tochtermann (S. 58), der gerade das Gegenteil sagt. Es wäre ja auch widersinnig, wenn der Beamte zur Nichtachtung der Sollvorschrift gezwungen und deswegen gleichzeitig disziplinarisch zur Rechenschaft gezogen werden könnte. Allerdings muss zugegeben werden, dass durch eine solche Vorschrift, der Satz 2 § 313 „so gut wie beseitigt wird" (Rehbein II. S. 163). Mir erscheint § 98 G.B.O. im Interesse der süddeutschen Staaten erlassen worden zu sein, denen eine ähnliche Bestimmung wie § 313 Satz 2 unbekannt war; es haben auch nur diese Staaten von der Befugnis des § 98 G.B.O. Gebrauch gemacht.

2.) Voraussetzung für die Heilung ist, dass Auflassung und Eintragung des Grundstücks erfolgen. Es geht über den Rahmen unserer Arbeit hinaus, über das Wesen und die Erfordernisse dieser Rechtsgeschäfte Betrachtungen anzustellen (s. Tochtermann S. 55 ff.).

Selbstverständlich muss die Auflassung und Eintragung „in Veranlassung des obligatorischen Vertrages" (§ 10 preuss. E.E.G., and das sich § 313 B.G.B. anlehnt) erfolgen, d.h. Der Wille der Parteien muss sich auf den Inhalt des obligatorischen Vertrages aufbauen. Dazu gehört erstmalig, dass das übereignete Grundstück mit dem im obligatorischen Vertrage genannten identisch ist (Rsp. O.L.G. Bd. 6 S. 43) und dass das ganze Grundstück übereignet wird. Eine Teilauflassung ist nach dem Wortlaute des § 313 nicht zulässig; dieses folgt weiterhin aus dem Charakter der Vorschrift, welche bei Nichtbeachtung Nichtigkeit zur Folge hat; nimmt man die Möglichkeit der Heilung bei einer Teilauflassung an, so würde damit gesagt sein, dass eine teilweise Heilung einer Nichtigkeit möglich sei, was wohl niemand behaupten will. (s. J. W. 04 S. 169). Nur wenige Schriftsteller[58]) halten die Teilauflassung für giltig unter Berufung auf § 139 B. G.B.; dieses ist aber unzulässig, da hier von einer im § 139 verlangten — positiv gesagt — teilweisen Gültigkeit des Rechtsgeschäfts gar nicht gesprochen werden kann, da sich der Wille der Parteien auf das Grundstück als eine Einheit bezog. Es lässt sich hier eine Gültigkeit nur in der Weise konstruieren, dass die Parteien übereingekommen sind, dass eventuell nur die Uebereignung eines Grundstücksteiles erfolgen soll, oder aber, dass sie später vereinbart haben, dass eine Teilübertragung erfolgen soll; im letzteren Falle, handelt es sich um einen neuen selbständigen Vertrag. Aber auch dann, wenn nach dem obligatorischen Vertrage mehrere selbständige Grundstücke übertragen werden sollten, bleibt die Uebereignung nur eines oder einzelner Grundstücke ungiltig, es sei denn, dass es sich in Wirklichkeit um mehrere Grundstücksübereignungsverträge handelt, die

[58]) Örtmann, S. 141; Planck, S. 127; Staudinger, S. 141.

nur gleichzeitig abgeschlossen sind; hier käme es darauf an, den Willen der Parteien festzustellen. Beim Tauschvertrag muss Auflassung und Eintragung beider Grundstücke erfolgt sein.[59]) Weiterhin müssen die Vertragsparteien des formungiltigen obligatorischen Vertrages identisch sein; doch kann durch Zession der Forderung aus dem obligatorischen Vertrage oder durch formlose Weiterveräusserung (Tochtermann S. 66). der Eintritt einer neuen Vertragspartei in den dinglichen Vertrag erfolgen. (R.G. Z. Bl. F.G., Bd. 5, S. 549). Belanglos ist ebenso wie in dem obligatorischen Vertragsinstrumente die unrichtige Bezeichnung des Grundstücks bei der Auflassung, wenn letztere sich nur auf das von den Parteien im formnichtigen Veräusserungsvertrage gemeinte Grundstück erstreckt. Dagegen verhindert eine falsa demenstratio bei der Eintragung die Heilung des formungiltigen obligatorischen Vertrages. Diese erfordert vielmehr, dass eine neue Eintragung oder eine Berichtigung des Grundbuchs erfolgt. Auflassung und Eintragung haben die heilende Wirkung, die beiden Rechtsakte sind also koordiniert; es handelt sich um „zwei gleichwerte Elemente" (R.G. Bd. 60 S. 338). Immerhin hat die Auflassung insofern grössere Kraft, als sie für das Vorhandensein der Uebereinstimmung der beiden Vertragsparteien massgebend ist, dass das Eigentum übergehen soll. Eine Aenderung des Vertragswillens der Parteien zwischen der Auflassung und Eintragung ist ohne Belang; die heilende Wirkung tritt trotzdem mit der Eintragung ein und der Kondictionsanspruch aus dem formnichtigen Vertrage ist erloschen. Dem Reichsgericht lag ein derartiger Fall zur Entscheidung vor (R. 07 S. 696), in

[59]) s. Tochtermann nebst Zitaten; R.G. Bd. 56, S. 386; Oberneck (3 A) S. 390; Reichel, Arch. Civ.Pr., Bd. 104 S. 17; Anderer Ansicht Kohler, Bürg. R.; nach ihm genügt Aufl. u. Eintragung eines Grundstücks.

deren Begründung ausgeführt wird, dass die Auflassung allein den Vertragswillen enthalte, während die Eintragung lediglich einen Formalitätsakt darstelle. Dieses geht auch schon aus § 873 Abs. 2 hervor, wonach die Parteien an die Einigung gebunden sind, und der Grundbuchbeamte verpflichtet ist, nach erfolgter Bewilligung die Eintragung vorzunehmen. Demnach hat tatsächlich die Auflassung allein die Wirkung der Heilung, während diese rechtlich erst mit der bewirkten Eintragung zustande kommt. (s. a. Motive II. S. 191). Zu beachten ist, dass nur die Form des kausalen Rechtsgeschäfts, nicht aber materelle Mängel des Vertrages geheilt werden.

3.) Ueber den Umfang der Heilung bleibt nur weniges zu sagen, da laut Gesetzesvorschrift ein ohne die vorgeschriebene Form abgeschlossener Vertrag seinem ganzen Inhalt nach[60]) gültig wird, und zwar so, wie schon gesagt und auch die Motive (II. S. 191) ausdrücklich hervorheben, „wie er zur Zeit der Auflassung unter den Vertragsschliessenden besteht, womit viele Streitigkeiten namentlich über die Gültigkeit der Nebenverabredungen abgeschnitten werden". Zunächst erstreckt sich die Heilung auf alle Essentialien, denn andernfalls könnte man gar nicht von der Heilung eines formnichtigen Vertrages sprechen. Aber auch die naturalia und accidentalia negotii werden von der Heilung ergriffen,[61]) insbesondere auch die Verabredung von Nebenleistungen; selbständige Nebenverträge bleiben dagegen ausser Be-

[60]) R.G. Bd. 52, S. 1 ff; Bd. 54, S. 107; Bd. 56, S. 47; Gruch. Bd. 58, S. 790; Seuff. Arch. Bd. 59, S. 345; Rspr. O.L.G Bd. 4, S. 208; Bd. 8, S. 57; Bd. 9, S. 182; Bd. 12, S. 34

[61]) Vertragsmässigsr Ausschluss der Gewährleistung für Mängel (I. W. 05, S. 426); Die Festsetzung der Gegenleistung des des Erwerbers (Seuff. Arch. Bd. 58, No. 96); Garantie der Güte einer auf den Kaufpreis in Zahlung gegebenen Hypothek (R.03 S. 263); dagegen nicht die Verabredung eines bestimmten Auflassungstermins (R.G. Bd. 51, S. 181).

tracht. Auch die nachträglichen Vereinbarungen, sei es dass sie Zusätze oder Abänderungen des ursprünglichen formwidrigen Vertrages darstellen, werden giltig, sofern sie nur vor der Auflassung getroffen sind; denn mit der Auflassung hat der Heilungsprozess bereits begonnen; die nach der Auflassung getroffenen Vereinbarungen bleiben nichtig. „Das Verhältnis ist also so zu beurteilen, wie wenn mit der Auflassung das gesamte zu dieser Zeit unter den Parteien bestehende obligatorische Verhältnis, das sich auf die Uebereignung des Grundstücks bezieht, in der vorgeschriebenen Form beurkundet wäre". (Planck S. 128). Die Vorschrift des Satzes 2 § 313 ist so klar, dass eine weitere kasuistische Behandlung nicht nötig ist. Auch die alte Streitfrage, ob nachträgliche mündliche oder schriftliche Vereinbarungen zu einem formell gültigen Vertrage durch die Uebereignung rechtswirksam werden, ist dahin erledigt, dass sich die Heilung des § 313 Satz 2 auch auf diese erstreckt (s. Tochtermann S. 71 ff.); es wird jedoch vermutet, dass der formelle Vertrag den endgültigen und vollständigen Parteiwillen enthält (J. W. 1903 Beil. S. 124). Schon oben hatten wir Gelegenheit auf dem von Hamm auf dem 28. Juristentage gestellten Antrag hinzuweisen, „dass formlose Nebenabreden oder Aenderungen des Vertrages als nicht vereinbart gelten sollten". Dort wurde der Antrag insofern zurückgewiesen, als durch solche formlose Nebenverabredungen, die als Vertragsbestandteil des Grundstücksveräusserungsvertrages gedacht waren, der im übrigen formgerechte Vertrag in Frage gestellt wurde. Aber auch aus prinzipiellen Gründen bekämpft Hamm die formlosen Nebenberedungen, da sie, durch die nachfolgende Auflassung und Eintragung gültig geworden, den Tatbestand verdunkeln, und es sich daher oft sehr schwer feststellen lasse, was die Parteien eigentlich gewollt

haben. Sodann sei es sehr bedenklich, nachträglichen formlosen Aenderungen durch § 313 Satz 2 die Kraft zu geben, den formgerechten obligatorischen Hauptvertrag umzustossen. Der erste Einwurf ist nicht stichhaltig genug, um eine derartige „Ausnahme von der Ausnahme" zu normieren; wer eben so gleichgültig gewesen ist, derartige Nebenberedungen nicht urkundlich festzulegen, mag sehen, wie er zu seinem Rechte kommt, erbringt er den Beweis, dass sie vereinbart sind, dann gut, sonst gelten sie eben als nicht vereinbart. Uns scheint eine Bevormundung des Publikums in der Weise, wie der Antrag sie vorsieht, als zu weitgehend.

Dass nachträgliche formlose Aenderungen durch Satz 2 eine derartige Wirkung haben, ist allerdings etwas bedenklich; wir weisen auf unsere Ausführungen weiter oben hin, wonach durch die formelle Auflassung und Eintragung den Parteien immerhin wieder vor Augen geführt wird, um was es sich handelt, und ihnen noch Bedenkzeit genug gewährt wird, von ihren nachträglichen formlosen Vereinbarungen zurückzutreten. Stranz bat, den von seinem Mitberichterstatter Hamm gestellten Antrag, deswegen abzulehnen, „weil für diese Bestimmung nicht soviel Bedürfnis vorhanden sei, um deswegen die Klinke der Gesetzgebung in die Hand zu nehmen" — (28. Jurist. Tag. Bd. III. S. 44).

4.) Abschliessend mag noch die Frage erörtert werden, ob der Heilung des nichtigen obligatorischen Vertrages rückwirkende Kraft beizulegen ist. Wir stehen entgegen Tochtermann (S. 59 ff.), auf dem Standpunkt, das sie keine rückwirkende Kraft hat. Die hauptsächlisten Vertreter der Annahme, die Heilung besitze rückwirkende Kraft, sind Planck und Schollmeyer, auf welche sich die meisten anderen berufen (s. Tochtermann a.a. O. mit Literaturangabe). Planck sagt, die Heilung sei wie eine in der vorgeschriebenen Form erfolgende Bestätigung zu behandeln. Diese Meinung bekämpft Schollmeyer damit,

dass weder das Gesetz noch auch die Gesetzesmaterialien Anhaltspunkte hierfür enthalten. Uns scheint aber, die Haltlosigkeit der Begründung Plancks aus dem Wesen der Bestätigung einerseits und dem Charakter der Formvorschrift des § 313 andererseits zu folgen. An sich hat die Bestätigung keine rückwirkende Kraft, sondern stellt sich als Neuvornahme des nichtigen Rechtsgeschäfts dar (§ 141 B.G.B.). Eine Ausnahme hiervon wird bei der Bestätigung des nichtigen Vertrages durch die Parteien gemacht. Die Bestätigung setzt nun einen freien Willensentschluss der Parteien voraus. Würde nun die Konvaleszierung des formungiltigen Vertrages durch die Auflassung allein erfolgen, die ohne Zweifel einen solchen freien Willensentschluss der Parteien enthält, so könnte man darin eine Art Bestätigung nach § 141 Abs. 2. B. G.B. erblicken. Doch erfolgt die Heilung erst mit der Eintragung; diese ist aber der Willensbestimmung der Parteien vollkommen entrückt. Dazu kommt, dass die Auflassung nach § 313 nur die formellen Mängel des obligatorischen Veräusserungsvertrages heilt, während die Bestätigung eines nichtigen Vertrages dessen Gesundung in formellen und materiellen Mängeln bewirkt. Schollmeyer und mit ihm Tochtermann wollen die rückwirkende Kraft „aus allgemeinen Gesichtspunkten" folgern; es liege nämlich die Rückwirkung der Heilung im Sinne der Parteien, welche durch die Auflassung und Eintragung den obligatorischen Vertrag erfüllt hätten und daher alles verlangen könnten, was ihnen nach dem Vertrage zustehe; der Grundsatz von Treu und Glauben fordere die Rückbeziehung der Heilung. Wir sind mit Turnau-Förster (S. 320) der Ansicht, dass dieser Grund für die Annahme der Heilung ex tunc nicht stichhaltig sein kann, dass vielmehr ein nichtiges Geschäft auch nicht durch den Willen der Parteien mangels besonderer Vorschrift mit rückwirkender Kraft wirksam gemacht werden kann, und dass hier an die rich-

tige Voraussetzung, die Auflassung enthalte die Erfüllung des obligatorischen Vertrages, eine willkürliche Folgerung geknüpft wird. Auch die Judikatur zu dem dem § 313 entsprechenden § 10 des preussischen E.E.G. (vom 5. Mai 1872) hat sich dahin entschieden, dass die Heilung bei Grundstücksveräusserungsverträgen keine rückwirkende Kraft besitzt (vgl. z.B. R.G. Bd. 29. S. 388),

Wir glauben unsere Arbeit nicht besser abschliessen zu können, als dass wir das Schlusswort des Gutachtens von Justizrat Stranz auf dem 26. Juristentage wiedergeben, dass sich in hervorragender Weise bewahrheitet hat (Bd. II. S. 147): „Was de lege ferenda am Ende des vorigen Jahrhunderts die Verfasser der Entwürfe, die Kommissionen zu ihrer Beratung, die Stimmen der Kritik, die Regierungen, die Landes-Oekonomie-Kollegien, die interessierten Klassen der Bevölkerung und schliesslich Reichstag und Bundesrat mit überwältigenden Mehrheiten als notwendig und zweckmässig erachtet haben, hat sich auch in den ersten Jahren dieses Jahrhunderts im grossen und ganzen de lege lata bewährt. Und wie in Bayern, wo die notarielle Form seit etwa 40 Jahren herrscht, Klagen nicht laut geworden sind, so wird sich der § 313 im gesamten Reich als sozial wohltätige Norm und als Gewähr der Rechtsberatung stets mehr einbürgern. Ein Allheilmittel ist auch § 313 nicht. Aber seinen Nachteilen stehen so überwiegende und segensvolle Vorteile entgegen, dass einer Aenderung nicht scharf genug widersprochen werden kann. Vollends jetzt schon — in der Uebergangszeit sozusagen, nachdem eben erst das neue Recht ins Leben getreten ist, an der Vorschrift des § 313 zu rühren, wäre nur ein Zeugnis einer ungesunden Neuerungssucht".

Wir glauben aber auch, dass auf eine lange Zukunft hinaus die Akten über den § 313 als geschlossen betrachtet werden können. „Sit ut est"!